

Mémoire

La protection des mineurs non accompagnés

Sous la direction du Professeur Ingrid Maria
Université Grenoble Alpes – Faculté de Droit

PONCET Mélanie
Master II Droit des personnes et de la
famille

Membres du Jury
Madame Anne-Sophie BRUN
WAUTHIER
Madame le Professeur Ingrid MARIA

Soutenance le 4 juillet 2019 à 14 heures

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier sincèrement les personnes qui ont contribué à l'élaboration de mon mémoire. J'aimerais adresser mes remerciements à Madame le Professeur Ingrid Maria, ma directrice de recherche pour l'aide et le temps qu'elle m'a consacrée.

Je voudrais remercier également pour leur collaboration essentielle à ce projet en acceptant de répondre à mes questions, Monsieur le Professeur Serge Slama, Université de Grenoble ; Madame Virginie Huet, juge des enfants auprès du Tribunal de Grande Instance de Nîmes ; Madame Isabelle Marti, conseillère à la chambre spéciale des mineurs de la Cour d'appel de Nîmes ; Monsieur Alexandre Grozinger, président de la chambre famille et de la chambre spéciale des mineurs de la Cour d'appel de Riom ; Maître Roxane Vigneron, avocate au barreau de Grenoble ; Monsieur Hugues Dumortier, chef de service enfant-famille dans le Grésivaudan, attaché au département de l'Isère ; Madame Isabelle Al Kadhiri, administrateur ad hoc à l'association Chrysallis ; Madame Marie-Noel Rouvière, travailleur social mis à disposition au Secours Catholique et Madame Mélanie Lehnebach, bénévole référente du pôle des Jeunes en danger isolés à la Cimade de Grenoble.

Enfin, je tiens à remercier particulièrement Madame Anne-Sophie Brun-Wauthier, directrice du Master II droit des personnes et de la famille de l'Université de Grenoble, pour m'avoir soutenue pendant toute l'année scolaire 2018-2019.

TABLES DES ABREVIATIONS

ASE	Aide Sociale à l'Enfance
C. Civ	Code Civil
CAP	Certificat d'aptitudes professionnelles
CAOMIE	Centre d'Accueil et d'Orientation des Mineurs Isolés Etrangers
CASNAV	Centre Académique pour la Scolarisation des Nouveaux Arrivants et des enfants du Voyage
CASF	Code de l'Action Sociale et des Familles
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention Européen de Sauvegarde des Droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile
CIDE	Convention Internationale des Droits de l'Enfant
CNCDH	Conseil National Consultatif des Droits de l'Homme
CSP	Code de la Santé Publique
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
MNA	Mineur Non Accompagné
OFPRA	Office Française de Protection des Réfugiés et Apatrides
OQTF	Obligation de Quitter le Territoire Français
PAF	Police de l'Air et des Frontières
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
TGI	Tribunal de Grande Instance
Upe2a	Unité Pédagogique pour les élèves étrangers arrivants

SOMMAIRE

Chapitre I : La protection de l'enfance conditionnée par la détermination de l'âge

Chapitre II : Une amélioration nécessaire de la protection des mineurs non accompagnés

Introduction

Le livre de la jungle est une histoire connue de tous. Elle retrace la vie du petit Mowgli. Ce jeune enfant se retrouve seul dans la jungle, quelques temps après sa naissance. Cette forêt tropicale constitue un milieu hostile pour lui, elle n'est pas adaptée au développement d'un petit être humain, sans famille et sans parents pour le protéger. Cette solitude va pourtant être de courte durée, le jeune Mowgli va être découvert par une meute de loup. Un conseil est organisé avec l'ensemble de ces animaux de la jungle, ainsi que l'ours, la panthère et le tigre, pour décider si Mowgli pourra rester dans la forêt et être soumis à la protection des loups.

Il est ainsi possible de comparer ce jeune enfant à un MNA¹. Il se trouve sur un territoire qui n'est pas le sien, en dehors du village des hommes. La jungle est assimilable à la France et le village des hommes au pays d'origine. Mowgli est sans ses parents, il est donc isolé sur le territoire tropical. Il va être découvert et pris en charge par une meute de loup, comme l'est un MNA, en France, par le conseil départemental et l'ASE. Le schéma est alors le même entre l'histoire de Mowgli et celle d'un MNA, il se trouve sur un territoire qui lui est inconnu, isolé par l'absence de représentant légal avec lui. Il faut noter que l'histoire de Mowgli et du livre de la jungle date de la fin du 19^{ème} siècle, puisque ce livre a été publié pour la première fois au Royaume-Uni en 1894. Ainsi, il est nécessaire de constater que la question des MNA n'est pas nouvelle, c'est une préoccupation très ancienne. Cela aurait pu exister dans toutes les civilisations depuis l'antiquité, tout enfant peut être abandonné, se retrouver livré à lui-même, puis parcourir de nombreux territoires, et se retrouver finalement isolé dans un pays étranger.

Il faut commencer par définir la notion de mineur non accompagné. Un mineur est une personne de moins de 18 ans². Il doit faire l'objet d'une protection particulière en raison de sa vulnérabilité liée à son âge. En effet, un mineur est un enfant, qui se trouve dans une situation d'incapacité juridique. Il dispose de tous ses droits, comme tout être humain, mais il n'a pas la possibilité de les exercer. Le mineur a une capacité de jouissance mais pas d'exercice. Il ne peut donc pas mettre en œuvre seul ses droits, il doit être assisté de ses représentants légaux. Jusqu'à l'âge de 18 ans, ces derniers vont intervenir pour agir à la place du mineur et cela au titre de l'autorité parentale. Cependant, celle-ci n'a pas pour unique vocation la mise en œuvre des droits d'un mineur. L'intérêt principal est de protéger un mineur. Les représentants légaux doivent veiller à la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant ainsi que d'assurer son éducation et son développement physique, affectif, intellectuel et sociale³. Un mineur est soumis à une protection particulière, cela signifie qu'il faut le défendre contre tout danger ou risque de danger.

¹ Parallélisme effectué par Lucette KHAÏAT lors du colloque du 13 juin 2016 « Les enfants non accompagnés : l'état du droit et des bonnes pratiques en France et en Europe ».

² Article 388 alinéa 1 « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre des sexes qui n'a point encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis. »

³ Article 375 alinéa 1 Code Civil « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assurances éducatives peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. »

Un mineur non accompagné est un enfant, mais en raison de sa qualité singulière, il nécessite une protection plus accrue. En effet, ces mineurs ne sont pas comme les autres, ils doivent faire l'objet de mesures plus importantes. En outre, n'oublions pas qu'ils sont qualifiés comme des mineurs étant non accompagnés. Cet adjectif démontre qu'ils ne sont pas protégés par leurs représentants légaux comme l'exige le principe de l'autorité parentale. Les parents ne sont pas présents sur le territoire français avec le MNA. Ce dernier est donc isolé. Il est important de caractériser cet isolement de l'enfant : aucun des représentants légaux ne doit se trouver sur le territoire français, il en va de même pour les membres de la famille. De plus, le MNA est singulier car il est étranger. Cet enfant n'est pas français et ne dispose pas de documents attestant de la régularité de son séjour.

L'Union Européenne a pu donner une définition assez large des MNA, « *tous les nationaux de pays tiers de moins de 18 ans qui entre dans le territoire des Etats membres sans être accompagné d'un adulte qu'il soit responsable d'eux par effet de la loi ou de fait* »⁴. De ce fait, la notion de MNA doit être la même ou au moins être similaire dans tous les Etats membres de l'Union Européenne. Cela permet à cette institution de légiférer en la matière et d'harmoniser la prise en charge sur tout le territoire européen. Ainsi, une définition officielle a été donnée par un arrêté ministériel du 17 novembre 2016⁵. Un MNA peut se définir comme un mineur de 18 ans, en dehors de son Etat d'origine présent sur le territoire national en l'absence de représentant légal ou de majeur qui en a la charge ou privé de toute représentation.

Il est alors possible de mettre en avant une extrême vulnérabilité chez les MNA. D'une part, il est vulnérable en raison de son âge, inférieur à 18 ans et d'autre part, il l'est aussi du fait de son isolement en France. De ce fait, la question de la protection de ces mineurs est importante. Elle doit être étudiée avec attention, remise en cause et améliorée afin de garantir une prise en charge optimale des MNA. Cela n'est pas le cas, actuellement en France et fait l'objet de nombreuses évolutions.

La protection des MNA est difficile à cerner et à étudier. En effet, elle confronte le droit civil de la protection de l'enfance avec le droit des étrangers. Ces deux domaines du droit ont des dynamiques et des thématiques différentes, pour ne pas dire totalement opposées. La protection de l'enfance a été mise en place et évolue tous les ans afin de mettre à l'abri des mineurs quand leurs parents ne sont pas en capacité de le faire. Cela existe pour des mineurs français en danger ou en risque de danger mais aussi pour des enfants dont les parents ne sont pas présents sur le territoire. Cet isolement des parents constitue un danger pour le MNA. Selon de nombreuses études notamment effectuées par des médecins, il ne dispose pas de capacité juridique et n'est pas considéré comme ayant la possibilité de prendre soin de lui tout seul. Il est donc en situation de danger, qui ne peut pas laisser de doute aux travailleurs sociaux et au département. Le mineur doit être soumis la protection de l'enfance. Il est alors au cœur de cette partie du droit civil. A côté de ce domaine du droit, le MNA est aussi au centre du droit des étrangers. Cela est facile à comprendre. Le droit des étrangers régit les règles applicables aux personnes qui n'ont pas la nationalité française et qui résident ou sont présents en France pour une durée plus ou moins longue. Ce droit prend en compte les étrangers en situation irrégulière comme les étrangers disposant d'un titre de séjour.

⁴ Résolution du Conseil du 26 juillet 1997 concernant les mineurs non accompagnés ressortissant de pays tiers, article 1.

⁵ Arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret 2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

Le MNA étant un mineur étranger, il doit donc être soumis au droit des étrangers. Cependant, ce dernier droit n'a pas pour vocation de protéger le mineur, bien au contraire, il va dans le sens de son expulsion du territoire. Le droit des étrangers va souvent mettre en avant la qualité d'immigré et traiter un mineur comme toute personne en situation irrégulière. Il n'existe pas de protection attachée à la qualité d'étranger, contrairement à la protection accordée aux enfants. Ainsi, le MNA est au centre de la protection de l'enfance comme du droit des étrangers mais ces deux domaines du droit ne forment pas un ensemble cohérent dans la protection des MNA. Chacun traite cette question en fonction de la politique exercée. Il n'y a pas de ligne directrice commune. Les éléments et la prise en charge sera totalement opposés par les deux droits.

Il faut alors se demander si un des droits doit primer sur l'autre, si c'est le droit des étrangers ou le droit civil de la protection de l'enfance qui doit l'emporter et régir la question des MNA. Ce débat n'a jamais été réglé. Pourtant, il est possible d'affirmer que la protection de l'enfance va prendre le pas, à de nombreuses reprises, sur le droit des étrangers. Mais ce dernier ne reste pas un droit subsidiaire concernant les MNA, il va intervenir pour des points précis. En effet, pour assurer une protection particulière à des mineurs faisant l'objet d'une extrême vulnérabilité, il est nécessaire de mettre en avant le droit civil de la protection de l'enfance et de limiter le droit des étrangers. En ce sens, il est possible de rappeler le changement de dénomination concernant les MNA. Lors de l'apparition du phénomène, ces enfants étaient appelés des mineurs étrangers isolés. Ce nom permettait de comprendre plus facilement la situation de ces mineurs, ce sont des enfants, qui ne sont pas français mais étrangers et qui sont isolés sur le territoire. La notion d'isolement pouvait être le seul problème, il fallait savoir que les représentants légaux de l'enfant n'étaient pas présents, avec lui, en France. Cependant, l'usage de cette dénomination a pu faire l'objet de nombreuses critiques. Elle laissait entendre que le droit des étrangers devait primer. En effet, le mineur était d'abord qualifié d'étranger avant d'être vu comme isolé. L'opinion public comme des travailleurs de toutes catégories ont pu critiquer et refuser la prise en charge de ces mineurs. Ils ne voyaient que le fait qu'ils sont étrangers, sans voir qu'ils sont avant tout, des enfants. Ainsi, il se pouvait qu'un mineur ne soit pas traité comme un enfant par des professionnels car ces derniers le considéraient comme un étranger en situation irrégulière qui veut profiter du système français. La dénomination accordée à ces jeunes venait mettre à mal leur protection. Le droit des étrangers prenait une place trop importante, rien que par la dénomination. Il était nécessaire de changer cela pour que les MNA fasse l'objet d'une véritable protection, et que leur qualité d'enfant prime sur celle d'étranger. Cela permet de voir leur vulnérabilité, avant de les considérer comme des êtres nuisibles sur le sol français. De ce fait, l'appellation de mineur étranger isolé a été abandonnée au profit des mineurs non accompagnés. Les deux termes ont cohabité pendant plusieurs années sans savoir laquelle était la plus appropriée à la situation. Cependant, le garde des sceaux a fini par trancher. Il s'est positionné en faveur de la protection de l'enfance. Le terme de MNA est devenu officiel lors d'un communiqué du garde des sceaux du 7 mars 2016.

La problématique des MNA n'est pas une question nouvelle. Comme vu précédemment, ce phénomène pourrait exister depuis l'antiquité. Il est possible de dire que pendant la période de l'esclavage et le transport des esclaves entre l'Afrique et le continent américain, un enfant séparé de ses parents, restés au pays ou morts pendant le trajet en bateau, devenait un MNA. Il en va de même pendant la déportation lors de la seconde guerre mondiale, un enfant enlevé de sa famille ou dont les parents décèdent pendant le transport, il devient un MNA mais dans un camp de concentration. La notion de MNA est donc très ancienne mais elle peut être mise en évidence face

à des climats géopolitiques néfastes. De ce fait, la question des MNA n'est apparue que durant la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. Cela est une conséquence de la mondialisation et de l'ouverture des frontières qui a eu lieu dans les années 1970. Ce n'est finalement que très récemment que les MNA sont devenus un phénomène qu'il faut prendre en compte et qui intéressent les politiques. Les années 1990 vont marquer le début de l'arrivée des MNA en Europe mais aussi en France. Ce phénomène s'est développé dans les années 2000 pour s'intensifier depuis 2010. Actuellement, le problème de la gestion des MNA devient une préoccupation très importante. En 2013, il y avait seulement 3 000 MNA présents sur le territoire. Le phénomène s'est multiplié ces dernières années. En 2017, des rapports ministériels ont pu constater l'arrivée de 14 908 MNA contre 8 054 en 2016. En 2018, les études ont montré une hausse de 85% des MNA entre 2016 et 2017. En 2018, le département de l'Isère a dû faire face à l'arrivée de plus de 2 000 MNA. Il est possible actuellement de qualifier le phénomène des MNA comme une arrivée massive de mineurs en France nécessitant une protection. C'est pourquoi il est important de mettre en place une procédure et une protection adaptée à leurs besoins.

En 1990, les MNA étaient vus comme inadaptés pour la protection de l'enfance de droit commun par les politiques. Il y avait donc une réticence à les insérer dans le système de protection et ils n'étaient finalement pas pris en charge et laissés seuls. En 1995, la vision des choses n'est plus la même, les MNA pouvaient enfin faire l'objet d'une prise en charge de droit commun avec un placement à l'ASE. A ce moment-là, il n'y avait que quelques centaines de MNA par an localisés dans certains départements. Il était donc possible de prononcer une mesure de protection à leur encontre sans impacter les mineurs français en danger ou situation de danger. Pourtant, les MNA se sont rapidement concentrés en région parisienne rendant cette partie du territoire saturée depuis. Au cours des années 2000, les politiques françaises ont compris l'importance de protéger les MNA en raison de leur extrême vulnérabilité. Cela s'est fait suite à deux décisions de la CEDH. En 2001, dans une affaire Rahimi contre Grèce⁶, la Cour Européenne énonce que les MNA font l'objet d'une vulnérabilité extrême. En effet, il y a une double vulnérabilité chez ces mineurs en raison de leur minorité mais aussi par leur isolement. Ils ne doivent donc pas être assimilés à de simples mineurs. Leur extrême vulnérabilité doit être prise en compte. Dans la continuité de cette jurisprudence, la CEDH a pu préconiser aux Etats une protection renforcée concernant les MNA, dans un arrêt de 2006 Mubilanzila Mayeka et Kanika Mitunga contre Belgique⁷. Il a donc fallu une quinzaine d'année pour que les Etats comprennent la nécessité de protéger correctement les MNA. Cependant, il a fallu attendre les années 2010 pour que la France mette en place des dispositions spécifiques aux MNA et un parcours de protection de l'enfance différent à celui de droit commun. Ce dispositif ne cesse d'évoluer encore aujourd'hui, il n'est pas satisfaisant pour répondre aux besoins des MNA pour avoir une efficacité optimale. Ainsi, il s'agira d'étudier la protection offerte aux MNA à la fin de l'année 2018 et les évolutions du premier trimestre de l'année 2019 sur l'ensemble du territoire français, avec une recherche un peu plus poussée au sein du département de l'Isère.

Concernant l'origine des MNA, la localisation varie selon les années même s'il est possible de regrouper des périodes selon les pays. Dans les années 1990, l'origine des MNA n'est pas établie. Ils arrivaient de nombreux pays très différents. Rapidement, le mouvement a trouvé son origine dans les pays de l'Europe de l'est. Ainsi, pendant les années 2000, la plupart des MNA avaient pour

⁶ CEDH, 5 avril 2011, Rahimi contre Grèce, requête 8687/08.

⁷ CEDH, 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kanika Mitunga contre Belgique, requête n° 13178/03.

pays d'origine la Roumanie. Cette migration s'est essoufflée petit à petit laissant place à de nouvelles voies migratoires. De ce fait, depuis plusieurs années, les MNA sont issus principalement de pays subsahariens. Cela s'explique par des climats politiques compliqués dans ces pays, notamment la présence de guerre civile. En 2014, la provenance des MNA a été chiffrée à 58% d'Afrique subsaharienne, 18% d'Asie, 12% du Maghreb et Moyen-Orient, 11% de l'Europe et 1% d'Amérique latine. Le phénomène s'est modifié ces dernières années plaçant l'Afrique Subsaharienne et le Moyen-Orient en premier plan des régions de départ des MNA.

Il n'y a pas de proportion égale au sein des MNA selon l'âge et le sexe. Il est possible de se rendre compte que ces mineurs sont pour la grande majorité des garçons. Les services font état de 95% de garçons au sein des MNA. Cela peut se comprendre même si les raisons ne sont pas légitimes. Souvent les filles vont rester au pays pour aider leurs parents. Ils arrivent pourtant que des filles partent, cela se fera la plupart du temps par un départ familial du pays, elles seront alors accompagnées pendant toute la migration. Ensuite, quand les jeunes filles sont séparées de leurs parents ou familles, elles vont rapidement être victime des trafics d'êtres humains. Elles vont être repérées pour entrer dans des réseaux de prostitutions, elles ont le profil recherché par ces derniers. Elles sont facilement manipulables, il suffit de les menacer de tuer leur famille par exemple. Ainsi les jeunes filles ne vont que très rarement se retrouver seules sur le territoire français et être repérées par les services de protection de l'enfance pour être placées. Quand cela arrive, les jeunes filles ne resteront pas longtemps dans le système de l'ASE et décideront souvent de quitter ce milieu, de fuguer pour retourner dans les réseaux de prostitution. Cela ne se fait pas par choix, les raisons ne sont pas connues. Il est légitime de penser que ces fugues s'expliquent par peur des représailles sur la famille de la jeune fille. Il faut noter que certaines filles ne vont pas fuguer, acceptent la prise en charge et profitent de la protection offerte pour se sortir de ce trafic d'êtres humains et reconstruire une vie.

A côté du genre, il y a des disparités dans l'âge des MNA. 90% de ces derniers sont des garçons âgés de 15 à 17 ans. Ils arrivent assez tard en France, ils approchent de la majorité. Cela peut poser problème pour la prise en charge, si le MNA tarde à être découvert, la protection de l'enfance met du temps à s'enclencher, car il faut une procédure de détermination de l'âge, et l'enfant peut rapidement atteindre l'âge de 18 ans avant l'obtention d'une ordonnance de placement à l'ASE. Il pourrait aussi être pris en charge mais pour seulement quelques mois avant ses 18 ans, date à laquelle la mesure s'arrête. Dans ce cas, les travailleurs sociaux n'ont pas le temps d'établir un suivi, de comprendre le mineur et ses besoins, ni de lancer des procédures pour permettre le maintien d'une protection à la majorité ou l'obtention d'un titre de séjour. L'âge d'arrivée des MNA peut donc poser problème. Pourtant, il est très rare qu'un MNA se présente aux autorités françaises avant l'âge de 15 ans. En effet, un jeune enfant ne va pas quitter son pays tout seul, il va rester auprès de ses parents. Un mineur partira quand il sera capable de se débrouiller seul un minimum pour sa famille, ou quand la situation dans son pays sera insupportable. Pour cela, le mineur devra être capable de trouver de l'aide et des personnes qui pourront l'aider à traverser une région du monde. Il devra pouvoir de prendre le bus seul par exemple. Un enfant de 6 ans ou bien 10 ans ne l'est pas forcément. En général, un mineur va commencer à quitter son pays à l'âge de 12 ou 13 ans. Il est alors possible de se demander pourquoi il n'y a pas un pourcentage plus élevé de mineurs de 12 à 15 ans dans la population de MNA en France. Pour répondre à cette interrogation, il faut comprendre le parcours migratoire d'une personne fuyant ou quittant simplement son pays pour une vie meilleure. Si le départ est préparé, le voyage fait l'objet d'une logistique bien précise. A

défaut, il va s'organiser petit à petit tout au long du trajet. Dans tous les cas, les MNA et tous migrants ne vont pas prendre un avion direct pour la France, ou, avec une ou deux escales qui prendra au maximum deux jours. Au contraire, le mineur va devoir marcher, prendre des bus, se retrouver dans des voitures avec de nombreuses autres personnes, pour arriver dans un premier pays. Il va devoir attendre pendant plusieurs jours pour qu'un passeur l'aide à traverser une frontière vers un deuxième pays. Là, il sera peut-être malade et il devra se reposer pendant plusieurs jours ou plusieurs semaines avant de marcher ou de prendre une nouvelle voiture vers un troisième pays. Si ce pays est un Etat comme la Libye, il pourra être confronté à des groupements de personnes armées qui vont le séquestrer, lui imposer du travail forcé et le torturer pendant plusieurs semaines. Après, il pourra enfin repartir, par un zodiac, c'est-à-dire un canot pneumatique motorisé, dans lequel un certain nombre de migrants vont voyager à travers la mer méditerranée. A ce moment-là, le MNA va arriver, généralement en Italie ou en Espagne, et après quelques mois de prise en charge dans ce pays, il pourra décider de se diriger vers la France. Il se peut aussi que le MNA ne traverse pas la mer méditerranée mais les pays européens. Dans ce cas, il pourra être confronté à de multiples contrôles aux frontières, le poussant parfois à retourner dans un pays qu'il a déjà parcouru, à faire des retours en arrière pour mieux avancer, notamment face à la frontière hongroise. Il faut noter aussi qu'un MNA va parfois devoir rester quelques temps dans un Etat, s'il n'a plus d'argent pour payer les passeurs, il lui faudra travailler ou obtenir de l'argent de n'importe quelle manière pour pouvoir repartir dans son long voyage. Ce temps d'arrêt peut aller jusqu'à durer plusieurs mois. Ce parcours fait l'objet de nombreuses épreuves pour un mineur. Il ne peut pas se faire d'un trait de temps, il va s'étendre dans la durée, il nécessite de longues semaines, ou mois et parfois des années. Le MNA va être confronté à beaucoup d'événements qui vont perturber le déroulement de son parcours migratoire mais aussi le reste de sa vie en lui créant des traumatismes importants. Ainsi, un enfant qui quitte son pays à l'âge de 12 ans ne pourrait arriver en France qu'à 15 ans. La durée du parcours migratoire est donc l'élément permettant de comprendre l'âge tardif d'arrivée des MNA sur le territoire et de leur protection.

Enfin, les MNA n'ont pas tous quitté leur pays d'origine pour les mêmes raisons. Il existe des disparités sur les motivations et les motifs du départ du mineur. Il est possible de distinguer sept catégories différentes. Tout d'abord, il y a le mineur exilé, c'est un mineur qui a le profil pour demander l'asile en France. Le MNA exilé va fuir la guerre, des conflits ethniques ou des activités politiques, des discriminations concernant un groupe social... Il vient pour obtenir une protection en France et ne plus subir le climat de peur et de violence existant dans son pays. A côté, on retrouve le mineur mandaté, il part dans un autre pays pour obtenir un travail et soutenir économiquement la famille restée dans le pays d'origine. Le mineur mandaté peut aussi être envoyé par sa famille pour faire des études et obtenir plus tard un travail lui permettant de vivre correctement. Ensuite, il est possible de rencontrer le mineur exploité, cela concerne principalement des jeunes filles. L'enfant va être exploité par des réseaux pendant tout le parcours migratoire, notamment dans des réseaux de prostitution, de vols forcés ou travail clandestin. L'exploitation de l'enfant ne se crée pas toujours pendant le parcours, souvent la famille ou la personne qui va aider l'enfant à quitter son pays va organiser à l'avance l'exploitation de ce dernier pour payer le voyage. Puis, le mineur fugueur, quant à lui, a quitté brusquement sa famille, souvent suite à des maltraitances familiales et un climat néfaste qui ne lui permettent pas d'évoluer correctement. Il arrive souvent que ce type d'enfant refuse par la suite de rester dans un cadre de la protection de l'enfance, par réticence de cette protection cadrée offerte par l'Etat français.

Ensuite, il y a les mineurs errants, ils vivent en dehors du cadre familial dans leur pays d'origine. Ils sont sortis petit à petit de la cellule formée par la famille pour errer. Ils sont très solidaires avec les autres enfants ou jeunes adultes vivant dans les mêmes villages ou quartiers et ayant le même comportement. Au fil du temps, le mineur errant va de plus en plus s'éloigner de sa famille jusqu'à décider de partir dans un autre pays. Puis, il est possible de rencontrer le mineur rejoignant. Cette catégorie est assez récente. Il va être envoyé par sa famille pour rejoindre un parent très éloigné vivant en France. Cela peut concerner un mineur très jeune séparé de ses parents pendant le parcours migratoire qui cherche à les retrouver. L'isolement va parfois poser des difficultés face à cette catégorie de MNA, qui peuvent aussi faire l'objet d'une procédure de regroupement familiale. Enfin, le mineur aspirant ressemble à un adulte migrant qui souhaite obtenir une vie meilleure dans un autre pays. Ce mineur quitte son pays pour obtenir de meilleures conditions de vie ou une protection dont il ne bénéficie pas dans son pays par l'absence d'un ou de ses deux parents.

Il existe de nombreux types de MNA, ils ne partent pas sans raison de leur pays et vont avoir des motivations très diversifiées. Les familles peuvent pousser l'enfant à aller en France mais des fois, il arrive que ces dernières n'aient pas connaissance du départ de l'enfant, qui a fui précipitamment des conditions de vie qu'il ne pouvait plus supporter. Il ne faut pas penser qu'un MNA correspond seulement à une catégorie. Un jeune peut s'identifier dans plusieurs qualifications. Il se peut qu'un enfant décide de quitter son pays en raison d'un contexte politique violent, le passeur qui va l'aider va organiser son entrée dans un réseau de travail clandestin. Ce mineur peut décider de partir pour de meilleures conditions de vie et obtenir une protection. Dans ce cas, le mineur est à la fois exilé, exploité et aspirant. Il relève de plusieurs catégories à la fois. Un MNA va faire l'objet de plusieurs motivations, ce qui permettra de lui attribuer plusieurs qualifications. De plus, il n'est pas nécessaire de faire rentrer un MNA dans une case en raison de son départ, ou dans plusieurs. Ces catégories sont utiles par la suite pour comprendre l'enfant et l'aider lors de la protection. Elles permettent aux travailleurs sociaux de la protection de l'enfance de cerner plus rapidement les besoins de ce dernier et de s'adapter à lui. Pourtant, il n'est pas affirmé ici que les services départementaux offrent la formation nécessaire à ses travailleurs concernant les catégories de MNA. Ces différents types de mineurs font surtout l'objet d'étude purement théorique. Dans la pratique, les motivations du départ vont avoir un impact sur la manière de prendre en charge l'enfant et l'identification de ses besoins, sans pour autant créer une discrimination à son encontre. Elles permettent seulement de comprendre les différents contextes et les traumatismes qu'auraient pu connaître le mineur.

Cette volonté de faire des catégories et d'étudier les motivations des MNA démontre l'importance du phénomène actuellement. Cette étude s'est développée depuis le milieu des années 2010. A l'apparition des MNA dans les problématiques françaises, il n'était pas question de comprendre les motivations, le parcours migratoire, l'impact sur le développement. Au début, il s'agissait seulement de prendre en charge ses mineurs, il a fallu par la suite trouver une protection la plus adaptée à ces mineurs. La question de l'adaptation reste finalement nouvelle en France, elle n'est arrivée qu'en 2013. C'est à cette date que le garde des sceaux et les politiques françaises ont pris conscience, malgré les décisions antérieures de la CEDH, qu'un MNA n'est pas un enfant comme les autres et doit être protégé différemment. Il a fallu comprendre qu'un MNA ne se trouve pas dans la même position qu'un mineur français. L'isolement constitue à lui seul la condition de danger pour prendre en charge au titre de la protection de l'enfance. La condition de danger est donc toujours avérée quand l'isolement d'un MNA est établi. Cependant, l'isolement ne doit pas

être vu seulement comme un danger pour l'enfant, il doit être aussi apprécié comme une source de vulnérabilité. Il ne s'agit pas ici d'enfants dont les parents ne sont pas souvent à la maison en journée, laissés chez eux à la surveillance des voisins ou des grands-parents. Les services se retrouvent face à des enfants qui n'ont pas du tout de parents sur le territoire, ils n'ont pas ou plus de maison, ils n'ont pas accès à un hébergement et aux besoins primaires. Ces mineurs sont seuls, livrés à eux-mêmes dans un pays qu'ils ne connaissent pas. Ils ne savent pas toujours vers qui s'orienter pour trouver de l'aide. Il est possible de dire que cela existe aussi pour des adultes, mais ces derniers ne sont pas juridiquement vulnérables du fait de leur âge, comme les mineurs. Un adulte sera vulnérable s'il ne dispose pas de toutes ses capacités mentales, quand il se trouve dans une même position d'un MNA, même sans être étranger, il sera nécessaire de le protéger. A défaut, une protection ne lui est pas applicable. Un MNA reste un enfant, il a moins de 18 ans, que ses facultés mentales soient atteintes ou non, il doit être protégé. Peu importe son âge et l'arrivée proche de la majorité, un MNA fait l'objet d'une double vulnérabilité qui doit être prise en compte et qui ne peut pas être niée par les autorités publiques.

Ces considérations ont mis du temps à arriver en France, les adaptations n'ont pas été immédiate. Pourtant depuis une circulaire du 31 mai 2013⁸, les choses ont commencé à évoluer. Le garde des sceaux semblait avoir compris l'importance de prendre compte la particularité des MNA. Il voulait apporter des modifications à la procédure de droit commun pour la rendre compatible à la spécificité de ces mineurs. Actuellement, ces éléments sont encore en vigueur en France, ils ont été améliorés pour certains. Pourtant, cela ne permet pas encore d'avoir une protection satisfaisante des MNA. Leurs besoins ne sont plus une composante essentielle d'une protection efficace dans la politique de l'Etat et des départements. Il semblerait que la gestion des flux ait pris le pas sur la nécessité d'assurer les besoins secondaires des MNA. Ils auront toujours accès à un hébergement. Cependant, l'accès à une scolarité, des soins et une aide spécialisée dans n'importe quel domaine seraient compromis. De nos jours, les MNA ne sont plus une dizaine dans quelques départements spécifiques comme la région parisienne, notamment la Seine Saint Denis, les Bouches du Rhône ou encore l'Isère. Ces mineurs particuliers se retrouvent sur l'ensemble du territoire national, parfois ils sont au contraire, des milliers à arriver chaque année dans un seul département. Il ne faut plus faire face à une centaine de jeune demandant une protection mais à des milliers par an. Les places au sein de la protection de l'enfance sont précieuses, les listes d'attentes sont longues. Les MNA sont parfois devenus prioritaires sur les mineurs français concernant les mesures de placement. La question des MNA a pu soulever ainsi de nombreux problèmes de gestions. L'Etat français a donc dû trouver des solutions pour répondre à ces problématiques et assurer une protection optimale pour les MNA mais aussi maintenir la protection de l'enfance de droit commun pour tous. La procédure a pu s'adapter pour éviter les fraudes. Cependant, de nombreux problèmes existent toujours. Les procédures sont très longues. Un mineur doit parfois attendre un an pour obtenir une ordonnance de placement alors qu'il n'y a pas de doute sur sa minorité. La gestion des flux n'est pas assurée, plusieurs départements n'arrivent pas à traiter toutes les demandes en temps utiles, ne trouvent pas de place pour les nouveaux mineurs et ne parviennent pas à les envoyer dans d'autres collectivités locales. Cela se confronte au droit des étrangers, qui se positionne contre la prise en charge des MNA et en faveur de l'expulsion d'un grand nombre. Dès qu'un doute face à la minorité peut exister, le droit des étrangers prend de plus en plus d'ampleur pour que la situation

⁸ Circulaire du Garde des sceaux, 31 mai 2013, n° JUSF1314192C, relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers.

soit profitable à la politique de lutte contre l'immigration. La protection de l'enfance des MNA semble compromise. Il existe pourtant des points positifs, des éléments qui fonctionnent correctement. D'autres composantes nécessitent seulement quelques améliorations alors que certaines devraient disparaître.

La protection des MNA est une question délicate, qui touche à énormément de domaines et impose une gestion importante par de nombreux acteurs. Ce dispositif doit encore s'adapter alors que le phénomène est en pleine explosion. L'arrivée massive des MNA ne laisse pas le temps aux politiques de prendre conscience des problèmes et de trouver des solutions pour gérer les flux et régler les difficultés existantes. De plus, ce phénomène pose la question des MNA comme une problématique de plus en plus importante en France qui doit être réglée rapidement, au sein de l'opinion publique. La question est donc centrale.

Le sujet de la protection française des MNA est complexe. Il faut comprendre en amont la théorie applicable à ces mineurs. La protection de l'enfance de droit commun est une procédure particulière et difficile. Elle doit être maîtrisée pour apprécier correctement les modifications apportées pour les MNA. Dans un même temps, il faut maîtriser des points particuliers en droit des étrangers, notamment les demandes d'asile, les procédures d'expulsion et les différents titres de séjour. Ce domaine du droit n'est pas applicable dans son ensemble aux MNA mais seulement quelques parties qui restent très techniques. Il est donc impossible d'étudier la protection des MNA sans en avoir une approche théorique. Il faut se plonger dans des ouvrages de professionnels du droit. Néanmoins, une difficulté se pose face à la théorie de la protection des MNA. Même si le phénomène existe depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle et s'intensifie depuis les années 1990, la question a pris de l'importance il y a peu de temps. Les ouvrages prennent du temps à s'écrire, de ce fait, aucun livre dédié à la protection des MNA n'est encore paru. Peu d'auteurs se penchent réellement sur la question. A côté, la doctrine a pu étudier ponctuellement la question. Il est possible de trouver de nombreux écrits de professeurs ou de professionnels du droit dans des revues. Cependant, aucun article ne va évoquer la question globale de la protection des MNA. Ils ne vont s'intéresser qu'à des points précis de cette dernière. Certains aspects du dispositif sont aussi laissés de côté, ils ne seront que très rarement étudiés par ces professionnels. La doctrine s'occupe principalement des grandes notions de la protection des MNA, des modifications importantes ou encore sur des généralités de la prise en charge. Il est alors difficile de trouver une étude assez complète sur la protection des MNA. De plus, aucun ouvrage et aucun article de doctrine ne va s'intéresser de manière transversale au MNA. Il n'existe trop peu de textes proposant une réflexion et une recherche même minimales sur la protection civile et sur droit des étrangers applicables aux MNA. Les quelques études qui existent vont s'interroger soit au droit civil de la protection de l'enfance, soit au droit des étrangers, mais les deux droits ne seront pas croisés par les auteurs. Cela peut s'expliquer par la complexité des deux matières qui n'ont pas de point commun. Il est difficile de trouver des relations entre les deux, puisque ces deux droits sont indépendants.

Ensuite, la théorie de la protection de l'enfance applicable aux MNA va se trouver éloigner de la pratique finale. En effet, la protection des MNA fait l'objet d'une prise en charge au niveau départemental et non national. De ce fait, il n'y a pas une politique nationale de la protection de l'enfance mais une politique par département avec une certaine marge de manœuvre et un budget. Chaque département va alors faire des choix concernant la prise en charge des MNA selon sa propre politique et ses moyens financiers. La protection de l'enfance n'est alors pas là même partout, pourtant les principes sont identiques dans toute la France. De plus, les travailleurs sociaux

n'ont pas tous accès aux mêmes formations et n'auront pas la même approche. L'interprétation d'un texte ou d'une circulaire du garde des sceaux sur la protection des MNA ne sera pas identique pour tout le monde. Mais la nécessité de s'intéresser à la pratique dépasse ces divergences territoriales. L'application de la législation sur la protection des MNA va mettre en relation la problématique de l'arrivée massive et de la gestion des flux. Les dispositions légales ne pourront pas s'exécuter comme elles sont prévues. Des facteurs pratiques vont intervenir et modifier les attentes du législateur. Il est nécessaire d'interroger les personnes confrontées dans leur métier aux MNA pour distinguer la situation réelle, dans laquelle se trouve les MNA. Pour cela, il faut donc approcher concrètement les professionnels. Ces derniers doivent gérer les flux de MNA, ils n'ont pas forcément le temps de répondre aux questions qui leur sont posées. Ils ont énormément de choses à dire et de problèmes à mettre en évidence. Pourtant, les professionnels n'ont pas nécessairement du temps à consacrer à des étudiants pour parler de leurs difficultés pratiques et des améliorations nécessaires concernant la protection de l'enfance applicable aux MNA. De plus, certaines professions font l'objet d'un droit de réserve sur la question. Cela concerne notamment les travailleurs sociaux ou employés du conseil départemental. Ils vont accepter de répondre à des questionnaires mais ne pourront pas développer jusqu'au bout leurs pensées car ils ne peuvent pas divulguer certaines informations.

Ainsi, pour découvrir dans son ensemble la protection des MNA, il faut comprendre la théorie, les lois et dispositifs mis en place par le législateur. La pratique vient souvent s'imposer comme une limite à ces décisions législatives et démontre les éléments à modifier les problèmes réels de la protection de l'enfance applicable aux MNA.

La protection des MNA doit donc se distinguer de la protection de l'enfance de droit commun. Elle nécessite des modifications, adaptations et améliorations pour correspondre à leur besoin mais aussi faire face à l'arrivée massive des MNA. Il est alors possible de se demander si la conception française de la protection de l'enfance est-elle suffisamment adaptée actuellement à la situation des mineurs non accompagnés ? N'est-elle pas mise à mal à de nombreux égards par le législateur et la pratique des départements ?

Pour embrasser la manière dont le droit français de la protection de l'enfance vient prendre compte la situation particulière des MNA, il faut procéder par étape. Dans un premier temps, il faut comprendre les éléments qui entourent la procédure de protection de l'enfance. Cette protection entraîne des conséquences importantes pour le MNA qui sont enviables. Ainsi, beaucoup d'adultes en situation irrégulière tentent de se faire passer pour des mineurs afin d'obtenir cette protection et avoir accès à de nombreux droits. De ce fait, un préalable à la protection de l'enfance a été mis en place. Avant d'être pris en charge, un MNA pourra faire l'objet d'une procédure de détermination de l'âge. Cela n'est pas systématique. Cette procédure préalable ne va intervenir uniquement en cas de doute sur la minorité afin d'éviter la fraude des adultes. La protection de l'enfance fait donc l'objet de mesures gravitant autour d'elle, qui occupent une place importante dans la situation des MNA (Chapitre 1). Dans un second temps, il faut se saisir de la procédure propre à la protection de l'enfance. Cette dernière va différer de celle de droit commun. Les adaptations apportées par le législateur depuis quelques années doivent être mises en avant, ainsi que les limites de la protection, afin de pouvoir réfléchir à de nouvelles améliorations (Chapitre 2). La protection de l'enfance des MNA n'est pas une œuvre achevée, des éléments doivent encore être changés et ces mineurs particuliers doivent tous être traités de la même manière pour que cette protection soit optimale.

CHAPITRE I : La protection de l'enfance conditionnée par la détermination de l'âge

La détermination de l'âge est une question centrale et même essentielle dans la protection de l'enfance, puisque seul un mineur peut prétendre à cette protection. Quand le département décide de prendre en charge un enfant français au titre de la protection de l'enfance, la question de son âge ne se pose pas. L'état civil effectué à la naissance par un officier d'état civil français n'est pas contesté. Mais cela est aussi le cas, d'une famille étrangère vivant en France qui fait l'objet d'une procédure de protection de l'enfance. Dans ces deux cas, la famille détient des documents permettant d'attester de l'âge de l'enfant. Cependant, en réalité, la question de l'âge des enfants français n'existe pas et n'est pas vérifiée par le département, ni par le système judiciaire.

Néanmoins, quand un MNA vient se présenter au département, à la préfecture ou qu'il est découvert par les services de police, il va informer son interlocuteur de sa minorité. La question de la véracité de ses propos sur son âge ne se pose pas quand cet enfant a moins de 13 ou 14 ans. Il faut alors noter, comme vu précédemment, que la majorité, pour ne pas dire l'essentiel des MNA présent sur le territoire français, sollicitant une protection, ont plus de 15 ans. Ainsi, du fait de leur parcours de vie et d'un mode de vie différent, leur développement n'est pas identique à celui d'un mineur français. De ce fait, il peut être compliqué de déterminer s'il est vraiment mineur.

En raison de cette difficulté, s'est imposé en France, et dans de nombreux pays d'Europe, un préalable essentiel à la prise en charge : la détermination de l'âge du MNA qui se prétend mineur, (Section 1). L'existence avérée de la minorité, par une déclaration de minorité, va avoir des conséquences importantes et centrales sur la situation et l'accueil du MNA en France, au titre de la protection de l'enfance, (Section 2).

Section 1 : La notion de détermination de l'âge

La détermination de l'âge est la première difficulté juridique que rencontre un MNA qui se présente sur le territoire français et demande à bénéficier de la protection de l'enfance. Connaître l'âge du mineur est essentiel, pour la situation future en France du mineur en cause. Concernant le respect des engagements internationaux et notamment de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (ci-après CIDE), la détermination de l'âge et l'attribution de la minorité doit normalement se réaliser dans un objectif de protection des MNA et non d'exclusion de ces derniers (Paragraphe I). Pourtant, cet objectif de protection, déjà mis à mal dans son principe, connaît une limite majeure par l'absence de cohérence dans les techniques de détermination de la minorité (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une détermination de la minorité en apparence protectrice

Un mineur qu'il soit français ou étranger mérite une protection particulière au titre de sa minorité. Ainsi, quand l'âge de la personne se présentant comme mineure n'est pas avéré, le principe voudrait que le doute lui profite avec une faveur pour la minorité (A). Cela doit normalement pouvoir s'appliquer aux MNA, et principalement dans leur cas du fait de leur double vulnérabilité liée à la minorité et à l'isolement. Néanmoins, ces mineurs vont faire face à des interlocuteurs différents. Chacun de ces interlocuteurs vont avoir un impact particulier sur le processus de détermination de l'âge, qui pourra faire planer un doute défavorable au MNA concernant son âge (B).

A- Une minorité par principe favorable au mineur non accompagné

La détermination de l'âge est la première étape à accomplir dans la procédure de prise en charge d'un MNA isolé sur le territoire français. Cette étape cruciale s'accompagne automatiquement de principes essentiels, car elle va se heurter à certains droits du mineur, notamment des droits fondamentaux comme le droit au respect de la vie privée. Pour assurer le respect des droits et la protection de la vulnérabilité des mineurs, la détermination de l'âge doit être encadrée. Il faut tout d'abord comprendre, comment l'Etat français a pu fixer l'âge de la majorité à 18 ans, même dans le cas de personne étrangère (1). Une fois que l'âge de la majorité est posé, il convient de rendre compte des grands principes qui entourent la procédure de détermination de la minorité (2).

1- La fixation de l'âge de la majorité

En France, et depuis une loi de 1974⁹, la majorité est fixée à 18 ans, ainsi un mineur correspond à toute personne physique de moins de 18 ans. Cette définition de la minorité est inscrite à l'article 388 alinéa 1 du Code Civil¹⁰. Il faut noter que l'âge de la majorité est fixé à 18 ans en France mais cela n'est pas le cas dans tous les pays. Il peut être plus élevé comme en Algérie qui le fixe pour les hommes à 19 ans et 20 ans pour les femmes. Ou plus jeune, la majorité est de 15 ans en Arabie Saoudite ou au Yémen, de 16 ans au Népal et 17 ans en Corée du Nord. Il existe des pays comme les Etats-Unis, le Canada ou encore l'Allemagne où l'âge de la majorité va dépendre des Etats fédérés ou provinces du pays. Ainsi, même si la distinction minorité et majorité est une notion universelle, l'âge de passage de l'une à l'autre ne fait pas l'objet d'un consensus international. Selon les pays, l'âge va varier entre 15 ans et 21 ans, il est quand même possible de constater que la plupart des Etats ont adopté un âge de la majorité à 18 ans.

Il existe des accords entre les Etats, notamment lors de la rédaction de la CIDE, en 1989. Les Etats parties à la convention, l'ensemble des pays du monde sauf le Yémen et les Etats-Unis, ont pu déterminer qu'un mineur correspond à toute personne physique de moins de 18 ans¹¹, sauf si la majorité est acquise à un âge antérieur selon la loi d'un Etat. La CIDE exclut alors toute

⁹ Loi du 5 juillet 1974 n°74-631.

¹⁰ Article 388 alinéa 1 c.civ « le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. »

¹¹ Article 1 CIDE « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité a été atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

majorité qui serait acquise à un âge supérieur à celui de 18 ans. Il faut quand même noter, sur ce point, que de nombreux Etats même signataires de cette Convention refusent de respecter cette exigence. Pour l'exclure, ils vont invoquer le fait que cet article n'est pas d'application directe dans l'Etat, ainsi les justiciables ne pourront pas s'en prévaloir. La CIDE n'a pas permis de corriger les disparités sur la détermination de la majorité.

Cette question de variation de l'âge de la majorité peut avoir son impact sur le droit de la protection concernant les MNA. En effet, il faut comprendre qu'il existe un élément d'extranéité dans la situation de ces mineurs, du fait de leur nationalité étrangère. Il aurait alors pu être opportun de se poser la question de la loi de l'Etat qui devrait régir la détermination de la majorité du mineur, savoir si cette loi doit être la loi française, par la présence du mineur en France, ou alors la loi de sa nationalité, correspondant à la conception du MNA de la minorité.

En outre, un jeune homme de 18 ans arrivant du Cameroun est considéré comme majeur en France. Pourtant dans son pays d'origine il est encore mineur jusqu'à ses 21 ans. Malgré l'existence de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », ce mineur camerounais n'est pas forcément au courant qu'en France la majorité est à 18 ans et non pas 21 ans comme dans son pays car cela ne découle pas de sa culture et de ce qu'on lui a toujours appris depuis qu'il est né. Ainsi, pour que le principe de la minorité soit favorable à celui qui se prétend mineur, la meilleure solution serait de regarder la loi applicable dans le pays d'origine du mineur et donc dans cet exemple, la loi camerounaise, permettant ainsi la prise en charge au titre de la protection de l'enfance du jeune homme qui arrive en se prétendant mineur au sens de sa loi nationale et non de la loi française. Cela ne serait possible, que dans le cas, où l'Etat de la nationalité n'est pas signataire de la CIDE. De surcroît, cette possibilité de loi nationale du MNA ne serait favorable à ce dernier que si la majorité de son pays est fixée à un âge allant de 19 à 21 ans mais pas pour les pays dont la majorité est fixée en 15 et 18 ans car dans ce cas, le mineur serait exclu plus tôt que les mineurs français et les mineurs des autres pays, du système de la protection de l'enfance. Par exemple, pour une jeune fille venant du Népal où la majorité est à 16 ans, qui arrive à 17 ans en France, au regard de la loi népalaise, elle est majeure, alors qu'au regard de la loi française, elle est encore mineure. Il serait néfaste pour elle de prendre en compte sa loi nationale pour déterminer si elle est mineure ou majeure. De facto, une différence de traitement serait créée entre les MNA mais aussi entre MNA et enfants français, basée sur la loi déterminant leur âge.

On comprend donc que la loi nationale du mineur ne permet pas d'avoir un traitement similaire entre tous les mineurs, du fait de l'absence de consensus entre les Etats du monde sur l'âge de la majorité. Ce choix n'est alors pas le plus favorable pour le mineur. Pourtant, il doit exister en France un principe implicite favorable à la minorité d'une personne. Ainsi, il a été opportun de baser la détermination de l'âge d'un mineur présumé, sur la conception française de la minorité et donc l'article 388 du Code Civil. De ce fait, l'âge limite de la minorité doit être apprécié au regard de la loi française et non au regard de la loi nationale du MNA demandant à être pris en charge en France. Cela permet donc une égalité de traitement entre tous les mineurs présents sur le territoire français et respecter les engagements internationaux tels que la CIDE ou encore la CESDH, notamment l'article 14¹² de cette dernière protégeant l'égalité de traitement des personnes se

¹² Article 14 CESDH « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou les tous les autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

trouvant dans une situation identique, par une interdiction de la discrimination. Ainsi, le fait de retenir uniquement l'âge de 18 ans permet d'éviter la discrimination des MNA venant d'autres pays, avec un traitement différent qui serait fonder sur leur origine nationale comme cela est prévu expressément dans la Convention Européenne. Ce respect des engagements internationaux impose donc le recours à la loi française et l'exclusion de la loi nationale du MNA.

Il est pourtant regrettable de constater que le législateur n'a pas pris la peine de définir expressément le recours à l'âge de 18 ans comme limite de la majorité même en cas de situation internationale, par la présence d'un mineur issu d'un autre Etat. En effet, aucun texte français, législatif, constitutionnel ou encore réglementaire ne vient préciser l'application de la loi française. Il aurait pourtant été aisé pour le législateur de mentionner cela au sein de l'article 388 par exemple ou dans les lois successives évoquant la question de la protection de l'enfance. Néanmoins cela n'a pas été fait. Cette lacune n'est pourtant pas préjudiciable du fait de l'applicabilité directe de la CESDH en France, permettant aux justiciables de l'invoquer directement devant les juridictions nationales. En raison du raisonnement précédemment développé, la pratique a naturellement mis en œuvre la majorité à l'âge de 18 ans lors d'une procédure de détermination de l'âge d'un MNA qui arrive en France, et se prétend mineur. En cas de contestation de l'âge, devant les juridictions, une différence de traitement ne pourra pas être invoquée et un MNA qui aurait aimé voir son âge déterminé en vertu de sa loi nationale, qui lui serait plus favorable se verrait opposer les exigences de l'article 14 de la CESDH ou encore les exigences de la CIDE, afin de rendre la minorité par une égalité de traitement entre mineurs la plus favorable possible pour tous.

Par conséquent, la fixation de l'âge de 18 ans comme âge du passage de la minorité à la majorité permet de respecter un maximum les engagements internationaux de la France, notamment respecter les exigences de la CEDH. Cette fixation de l'âge est aussi opportune pour avoir une application identique à tous les mineurs en France et éviter les disparités selon la nationalité d'origine du MNA qui se présente. Enfin, il faut noter que la minorité est liée à une notion de vulnérabilité de la personne, le mineur n'est alors pas totalement capable d'exercer tous ses droits. Il a ainsi fallu attacher au processus de détermination de l'âge certains principes.

2- La présomption légale de minorité

La minorité concerne donc tout individu de moins de 18 ans présent sur le territoire français. Cependant, pour dire qu'une personne est mineure, il est alors important de connaître son âge exact, pour cela, il existe une procédure de détermination de l'âge. Cette procédure doit répondre à des principes, comme le respect de la vie privée ou encore la dignité humaine, le principe de non-discrimination. Le principe central et qui doit être le plus présent dans la pratique, dans l'esprit de ceux qui procèdent à l'évaluation de la minorité, à la détermination de l'âge est la présomption de minorité.

Cette présomption n'a pas de fondement légal, elle n'est prévue par aucun texte réglementaire, législatif ou constitutionnel en droit français. Pourtant, elle découle de l'utilisation faite de la présomption de minorité par des acteurs nationaux comme internationaux. Ainsi le CNCDH, dans un avis du 26 juin 2014, « avis sur la situation des mineurs étrangers isolés présents sur le territoire national – état des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers », a pu évoquer dans sa première

recommandation la présomption de minorité comme présomption simple imposant d'établir la majorité du jeune par une décision de justice¹³. De plus, il est possible désormais de voir la présomption de minorité découler de deux circulaires : la circulaire du garde des sceaux du 31 mai 2013, n°JUSF1314192C, relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de prise en charge ; et la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016, n°JUSF1602101C, relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels. Ces deux circulaires précisent le régime applicable au MNA pour la prise en charge et la procédure de mise à l'abri et mentionnent que ces derniers doivent être appréciés comme mineurs même si leur âge n'est pas encore déterminé. Mais l'application d'une présomption de minorité reste implicite dans ces deux textes. De plus, une circulaire n'a pas le pouvoir de consacrer une présomption, elle n'a qu'un pouvoir de recommandation.

La présomption de minorité consiste à dire que toute personne physique se présentant comme mineure sur le territoire français doit être considérée comme tel dès lors que sa majorité n'a pas été établie ou qu'elle ne l'a pas encore été. Cela correspond donc parfaitement à la situation d'un MNA de plus de 16 ans qui se présente sur le territoire français en disant qu'il est mineur, même si cela est difficile à déterminer pour son ou ses interlocuteurs. Cette présomption de minorité permet donc d'avoir un principe en faveur de la minorité, car dans une situation de doute entre la majorité et la minorité d'une personne, on va considérer que celle-ci est mineure tant que la majorité n'a pas été établie. Par exemple, un MNA de 15 ans va pouvoir se présenter comme étant mineur au service de la protection de l'enfance du département, la personne qui va l'accueillir aura la possibilité de se baser simplement sur l'apparence du MNA pour affirmer que sa minorité n'est pas avérée. Dans son cas, une procédure de détermination de l'âge va être mise en place pour savoir s'il est mineur ou majeur (cette procédure fera l'objet d'un développement ultérieur). Mais, on peut se demander si pendant la procédure de détermination de l'âge, le MNA est considéré comme un mineur ou un majeur. Grâce à la présomption de minorité, il sera alors considéré mineur puisque la majorité n'est pas avérée. Cette présomption permet donc une plus grande protection des mineurs, dans le doute qu'ils soient mineurs ou majeurs, la minorité requière une protection particulière du fait de la vulnérabilité et de ce fait, la protection des mineurs doit l'emporter sur l'absence de protection des majeurs.

Il faut noter cependant que la présomption est une présomption simple, au sens du Code Civil¹⁴. Du fait que la présomption soit simple et non irréfragable, elle peut être renversée en apportant la preuve contraire. Ainsi, la minorité n'est donc pas établie en raison de cette présomption, la majorité pourra toujours être déterminée. Il suffira alors d'apporter la preuve contraire de la minorité. La présomption sera donc remise en cause lors de la procédure de détermination de l'âge et la preuve contraire sera donc apportée par des acteurs différents.

¹³ Recommandation n°1 « La CNCDH recommande, à l'égard de ceux qui se revendiquent mineurs, que le principe soit celui de la présomption de minorité, elle-même fondée sur deux présomptions : celle d'authenticité des documents produits et celle de légitimité de leur détenteur. Néanmoins, ces présomptions étant simples, une décision de justice spécialement motivée peut conclure à la majorité du jeune au vu d'un faisceau d'expertises psychologiques et d'évaluations sociales et éducatives. Le mineur ou son représentant légal doit en outre avoir la possibilité d'accéder au contenu du dossier d'évaluation et de demander une contre-expertise ou une nouvelle évaluation de l'âge. »

¹⁴ Article 1354 alinéa 2 c.civ « Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve. »

La présomption de minorité dispose d'un corolaire qui est le principe au titre duquel le doute doit profiter au mineur. En effet, en cas de doute sur la minorité ou la majorité d'un MNA qui se prétend mineur, le doute doit lui profiter et de ce fait, il doit être considéré comme étant mineur. Finalement ce principe de doute favorable au mineur vient dire la même chose que la présomption de minorité. Ce sont deux principes identiques, qui viennent rendre la détermination de l'âge favorable aux mineurs. Quand la minorité n'est pas avérée, on va chercher à considérer la personne comme étant mineure, par de nombreux moyens, car cela permet d'avoir accès aux conséquences liées à la minorité comme l'accès à la protection de l'enfance, ou l'impossibilité d'expulsion.

Il convient de remarquer que contrairement à la présomption de minorité, le principe de doute profitant à la minorité a été évoqué par le législateur à l'alinéa 3 de l'article 388 du Code Civil¹⁵ sans réellement le consacrer expressément. Dans cet article, il ne vient pas dire que le principe existe en droit français mais qu'un doute peut exister concernant la minorité d'un jeune. Il part de ce doute pour limiter le recours à des examens scientifiques attentatoires à la dignité et à la vie privée du jeune, comme méthode de détermination de l'âge de l'intéressé. Il convient alors de constater que finalement, ce principe de doute favorable à la minorité, découle là encore de son utilisation par des acteurs internationaux et nationaux. On peut ainsi citer dans ce sens, l'avis du Haut Conseil de la Santé, du 23 janvier 2014, relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé précisant que le doute sur la majorité doit toujours bénéficier au mineur. Le Défenseur des Droits a pu lui aussi mettre en avant cette faveur dans des avis et des recommandations, notamment dans sa décision n° MDE/2012-179 du 19 décembre 2012¹⁶.

Dans un premier temps, il est alors possible de dire qu'en théorie, de nombreux principes vont intervenir pour rendre la notion de minorité la plus favorable possible à ceux qui se présentent comme étant mineur alors que cette minorité n'est pas avérée et n'est pas prouvée. Le traitement identique sur l'âge de la majorité est très important pour les règles qui s'appliquent par la suite. Il faut comprendre qu'un majeur est vu comme une personne qui n'a pas besoin d'être protégée. De facto, le principe de présomption de minorité et du doute favorable à la minorité existent pour permettre une protection des mineurs en raison de leur vulnérabilité particulière. Pourtant, ces principes sont finalement mis à mal à de nombreux égards et ne sont pas pleinement effectifs comme cela devrait être le cas en théorie.

B- La multiplicité des facteurs de détermination

Par principe, en cas de doute, le jeune doit être considéré comme étant mineur. Mais le doute va avec la présomption simple de minorité, présomption qui pourra être renversée. Ainsi, le jeune dont la minorité n'est pas avérée par sa condition physique, va se retrouver face à une personne qui va vouloir prouver sa majorité. L'interlocuteur qui va faire face au mineur, ne sera pas toujours de bonne foi et pourrait vouloir qu'un MNA soit perçu comme une personne majeure, pour plusieurs raisons comme ses convictions politiques ou le nombre de places disponibles au sein des services de l'ASE d'un département. Chaque acteur peut intervenir dans un domaine

¹⁵ Article 388 alinéa 3 c.civ « Le doute doit profiter à l'intéressé. »

¹⁶ Recommandation n°3 du Défenseur des Droits « Le défenseur des droits recommande qu'une disposition légale soit adaptée, prévoyant que le doute doit systématiquement profiter au jeune et emporter la présomption de minorité. »

juridique et dans une situation très différente qui peut aller dans le sens d'une prise en charge du mineur ou de l'exclusion du mineur du territoire français (1). De surcroît, la liberté dans la détermination de l'âge va se retrouver limitée par la création de nouveaux instruments politiques, principalement dans une idée de lutte contre l'immigration (2).

1- L'intervention de plusieurs interlocuteurs

Différents acteurs vont intervenir dans la procédure de détermination de l'âge permettant de renverser le doute sur la minorité ou majorité du jeune se présentant comme mineur. Ces acteurs vont avoir un impact sur la faveur de la minorité. La politique du service auquel il est rattaché pourra avoir une influence sur la détermination de l'âge. Il est possible de voir quand l'acteur est issu du droit des étrangers, soit d'une préfecture ou de la PAF, le doute se tourne plutôt vers la majorité.

De manière contradictoire, dans la protection de l'enfance, soit en présence d'acteurs issus du département ou en matière d'intervention judiciaire, le doute serait plutôt pour la minorité. Mais cela n'est pas toujours le cas, certains départements ont une politique contre la prise en charge des MNA dans leur système de protection de l'enfance. Il faut noter qu'en effet, la protection de l'enfance, qu'il s'agisse d'enfants nationaux ou étrangers, relève des services décentralisés de l'Etat vers le département. Ainsi chaque département est chargé de la protection de l'enfance mais en vertu de la décentralisation, ce n'est pas la politique nationale de l'Etat qui va s'appliquer mais la politique locale du département qui va régir la situation. Certains départements sont alors très enclins à prendre en charge beaucoup de mineurs, sans réellement se préoccuper de la question de la nationalité. Ils vont alors intégrer massivement les mineurs en danger dans la protection de l'enfance, avec des moyens financiers importants. D'autres ne veulent pas mettre énormément de moyens dans les services de protection de l'enfance, là aussi sans prendre en considération la nationalité. Pour ces départements, peu de moyens financiers seront accordés au service départemental de la protection de l'enfance, qui ne pourra alors pas prendre en charge de nombreux mineurs et va alors se tourner plutôt vers les mineurs français qui se trouvent dans une situation de danger et cherche ainsi à exclure les MNA du système de protection de l'enfance. Enfin, d'autres départements encore, ne sont pas hostiles à mettre des fonds importants dans la protection de l'enfance, mais ont une politique plus nationaliste et ne seront pas en faveur de la prise en charge des MNA, en raison de leur nationalité étrangère. Il faut noter que la prise en charge prépondérante des mineurs nationaux ne sera pas mise en avant par le département, mais elle va résulter de la politique issue du gouvernement. Cependant, il est important de rappeler que les départements ont une obligation de prise en charge. Ils n'ont pas la possibilité de refuser totalement la mission de protection de l'enfance, mais ils vont pouvoir établir des critères et une politique de prise en charge locale tant que le principe de la protection de l'enfance de l'article L112-3 du CASF¹⁷ est respecté.

Le MNA confronté à un doute repose sur son âge va pouvoir rencontrer plusieurs personnes qui vont vouloir déterminer son âge pour connaître les conséquences et la possibilité de rester sur le territoire français. Il y a plusieurs cas de figure. Un MNA peut être arrivé sur le territoire

¹⁷ Article L112-3 alinéa 1 CASF « La protection de l'enfance vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et sociale et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation dans le respect de ses droits. »

par un moyen de transport international et au moment de passer la douane française, il va être interpellé par les agents de la PAF qui vont le placer en zone d'attente. La PAF va alors être un premier acteur qui va déterminer l'âge, la minorité n'a aucun impact sur le placement en zone d'attente mais elle va donner accès au jeune à plus de droit comme la nomination d'un administrateur ad hoc. La PAF va donc devoir déterminer si le MNA qui se présente devant lui pour passer la douane et arriver sur le territoire français, est mineur ou majeur. Pour cela, il ne dispose que de très peu de moyens, il va devoir informer le Procureur directement de la présence du jeune et si un doute persiste le Procureur pourra alors ordonner une procédure de détermination de l'âge et cela passe forcément par un examen osseux, qui est une méthode très controversée.

Ensuite, les travailleurs sociaux peuvent avoir connaissance en premier de la présence d'un MNA en France, quand ce dernier a réussi à rentrer sur le territoire français sans être arrêté à la frontière et placé en zone d'attente. Les travailleurs sociaux vont intervenir pour le compte du département et donc pour la protection de l'enfance, avec une obligation de prise en charge quand le MNA est mineur. Même si un doute existe sur l'âge de la personne, grâce à la présomption de minorité, une prise en charge va avoir lieu pendant l'évaluation de l'âge par les travailleurs sociaux. Ces derniers sont donc des acteurs qui de par leur métier sont plus bienveillants que la PAF et donc plus favorables à la présomption de minorité. Cependant, il ne faut pas oublier que les travailleurs sociaux vont évaluer l'âge du mineur pour le compte du département qui va suivre une politique. De plus, du fait que l'arrivée massive des MNA en France, les services de la protection de l'enfance sont souvent saturés. Cette saturation rend nécessaire le durcissement de la politique de détermination de l'âge des MNA. Quand il n'y avait que quelques centaines de MNA présents sur le territoire français au début des années 2000, se prétendant mineurs, les départements pouvaient être indulgents sur la détermination de l'âge et laisser le doute bénéficier aux MNA. Désormais, les places dans le système sont chères, et les départements ne peuvent plus accueillir autant de mineurs qu'avant et doivent donc faire des choix politiques et stratégiques qui ne vont pas forcément dans le même sens que le principe de faveur de la présomption de minorité. Finalement, la rencontre des travailleurs sociaux et du département par le MNA était un avantage pour sa détermination de l'âge, notamment par la technique qu'ils utilisent. Mais cela n'est plus vrai actuellement avec l'arrivée massive de MNA et une gestion des flux qui devient de plus en plus importante au sein de la protection de l'enfance, ne permettant plus de faire profiter le doute au maximum.

Un MNA qui a été déclaré majeur par le département et donc rejeter de la protection de l'enfant peut toujours faire une demande d'asile en se présentant à la préfecture. La procédure n'est pas la même, là encore, entre des majeurs et des mineurs. Un mineur n'est pas capable dans la procédure de demande d'asile, il n'a pas la capacité juridique en raison de sa minorité et du fait qu'il n'a pas atteint l'âge de 18 ans. De ce fait, il va ici aussi falloir nommer un administrateur ad hoc comme pour le placement en zone d'attente par la PAF. La préfecture va devoir saisir le Procureur dès qu'un mineur se présente. Dans ce cas, même si le doute n'existe pas sur l'âge, un examen osseux va souvent intervenir pour déterminer la minorité ou non de la personne se présentant comme mineur. Il n'y a pas vraiment de principe de faveur pour la minorité dans ce cas-là. La saisine du Procureur est automatique sans même l'existence d'un doute. Cette saisine fait finalement durer la procédure de demande d'asile beaucoup plus longtemps et la rend plus complexe qu'elle ne l'est déjà. Ainsi, la minorité face à la préfecture pour une demande d'asile n'est pas forcément favorable au mineur, elle lui permet juste de ne pas être expulsé mais elle n'aide pas à obtenir plus facilement un droit d'asile, mais finalement la rendre plus compliqué à obtenir.

Il se peut que le mineur voit son âge déterminé par le système judiciaire. Le département peut renvoyer le mineur devant le juge des enfants quand l'âge n'est pas déterminé selon les méthodes des travailleurs sociaux. Le juge des enfants doit savoir si le jeune, qu'il a face à lui, est bien mineur pour lui permettre de rentrer dans le système de protection de l'enfance en rendant une ordonnance de placement. Le Procureur peut aussi être saisi de la question de la détermination de l'âge d'un MNA soit par renvoi de la préfecture ou de la PAF, soit par un MNA qui a été amené à l'hôtel de police pour n'importe quelle raison ou alors quand il est suspecté d'être l'auteur d'une infraction. Le Procureur pourra alors ordonner des examens pour déterminer l'âge, mais aussi rendre une ordonnance de placement provisoire, à l'ASE, pendant le temps de la procédure, si le jeune n'est pas en zone d'attente, pour respecter la présomption de minorité. Mais il peut aussi décider de ne rien faire, si pour lui le jeune est majeur, cela est aussi possible pour le juge des enfants mais il leur faut des éléments concrets attestant de la majorité pour motiver leur décision. Un juge pénal, le plus souvent un juge correctionnel, peut être confronté à la détermination de l'âge, cela peut être aussi un juge d'instruction. En effet, quand un MNA a commis une infraction, il va devoir être jugé par un juge pénal, mais il existe une procédure particulière pour les mineurs auteurs, afin de prendre en compte leur vulnérabilité et son niveau de développement qui n'est pas achevé comme pour un adulte. Ainsi, l'âge est une question centrale pour connaître le régime applicable à la procédure pénale mais aussi aux peines qui pourront être prononcées par la juridiction de jugement. La Cour de Cassation¹⁸ a rappelé que même au pénal, la preuve de la minorité peut se rapporter par tout moyen, et notamment par un recours à l'examen osseux ordonné par le juge pénal, sans évoquer la présomption de minorité qui ne joue qu'au plan civil. Il est possible de dire que l'appréciation de l'évaluation de la minorité doit se faire de manière objective par les magistrats qui n'ont pas à avoir un principe en faveur de la présomption de minorité ou en défaveur, ils doivent rester impartiaux. Cela n'est pas forcément toujours le plus adapté à la volonté du jeune présent mais la décision reste une décision juste. La Cour de Cassation¹⁹ a pu rappeler le principe d'appréciation souveraine des juges du fond, et plus particulièrement dans le cas de l'espèce, le pouvoir souverain de détermination de l'âge du président d'une Cour, en se fondant expressément sur les preuves apportées pour statuer. Cette décision est centrale pour rappeler l'importance pour le MNA d'avoir des éléments concrets attestant de sa minorité, peu importe l'acteur qu'il a devant lui.

Par conséquent, de nombreux interlocuteurs différents vont rencontrer le MNA concernant des procédures juridiques distinctes et ces interlocuteurs ne vont pas avoir la même notion de détermination de l'âge et la même méthode. Cela ne va pas toujours jouer en la faveur du MNA, et la pratique tend à montrer que souvent la présomption de minorité est mise à mal par la difficulté de connaître l'âge et l'arrivée massive des MNA depuis les années 2010 en France.

¹⁸ Cass, Crim, 17 juillet 1991, n° 91-82. 771.

¹⁹ Cass, Civ 1, 10 mai 2006, n° 04-50.149.

2- L'apparition d'une nouvelle limite : le fichier biométrique

Une nouvelle limite a été rajoutée récemment au principe favorable à la minorité, par la loi du 10 septembre 2018²⁰, relative à la gestion des flux migratoires et réformant les demandes d'asile. Cette loi découle de la politique nationale de droit des étrangers et démontre la volonté actuelle de la France de limiter l'immigration et la demande d'asile, en raison d'un flux migratoire important et qui s'intensifie depuis plusieurs années, rendant la situation de plus en plus délicate, dans toute l'Europe. Ainsi, cette loi de 2018 vient prendre en compte l'arrivée massive des MNA depuis les dernières années et souhaitent limiter les fraudes. De ce fait, l'article 51 de cette loi crée un nouveau fichier biométrique, nommé « fichier d'appui à l'évaluation de la minorité ». Ce dernier a été mis en place par la suite par un décret du 30 janvier 2019.²¹ Ce fichier vient rendre plus importante la détermination de l'âge d'un mineur, puisque toutes les informations relatives à la procédure de détermination de l'âge seront inscrites dans le fichier, qui pourra être accessible par l'autorité judiciaire, la préfecture et le département. Ainsi, un MNA qui a été déclaré majeur dans un département, alors qu'il est bien mineur, s'il souhaite retenter sa chance dans un autre département, ne pourra plus le faire. Il arrive que selon la politique du département, l'appréciation de la minorité soit plus favorable dans certains territoires. Ainsi, certains jeunes qui ont été déclarés majeurs dans un département vont aller dans un autre département pour avoir une nouvelle évaluation de leur âge. Cela permet finalement une sorte de forum shopping des départements les plus favorables à la détermination de l'âge.

Il est possible de comprendre la volonté du législateur de limiter ce phénomène qui fait peser un poids important sur les départements, du fait du nombre élevé de jeunes dont la minorité doit être établie, ainsi que le coût financier de la prise en charge pendant l'application de la minorité. En effet, quand le jeune se rend dans un autre département pour faire évaluer à nouveau sa minorité, il va une nouvelle fois bénéficier de la présomption de minorité. Avec le nouveau fichier, cela ne sera plus possible. Le fichier étant national, les agents du service de la protection de l'enfance pourront avoir accès aux données et se rendre compte que le MNA a déjà été déclaré majeur. Il en va de même si le jeune se présente à la préfecture. Le fichier se fait en collaboration entre le département et la préfecture. Cette dernière aura donc connaissance de la décision du département sur la détermination de la majorité. Ce qui va donc modifier la pratique actuelle, d'un MNA déclaré majeur par le département, qui se retrouve pris en charge par des associations, qui vont lui conseiller de demander l'asile. Le MNA va se rendre à la préfecture pour demander l'asile en tant que mineur, l'agent va se rendre compte que la personne face à lui est majeure, il pourra refuser sa demande, et une injonction de quitter le territoire pourra aussi être donnée à ce MNA beaucoup plus rapidement.

On se rend compte que le nouveau fichier est une opportunité pour le législateur et le gouvernement français de limiter la fraude concernant la détermination de l'âge et de gérer le flux migratoire des MNA ou des jeunes majeurs voulant profiter du système de protection de l'enfance à l'insu des services français. Cependant, il faut noter que l'instauration de ce fichier vient certes

²⁰ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

²¹ Décret n° 2019-75 du 30 janvier 2019 relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineurs et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes.

empêcher cette fraude mais exclut plus facilement le jeune du système de la protection de l'enfance. La collaboration du département et de la préfecture, avec ce nouveau fichier, permet aussi d'expulser directement du territoire français, un jeune qui vient d'être déclaré majeur. Il constitue alors une limite à la primauté de la présomption de minorité. Les acteurs qui vont rencontrer les mineurs, vont avoir encore plus d'impact sur la présomption de minorité avec ce fichier. Cela démontre bien que la théorie de la minorité qui doit jouer en faveur de la personne est finalement remise en cause par la pratique mais aussi par les politiques nationales.

Il convient de constater que dans la théorie, et par principe dans la pratique, il existe l'idée qu'un jeune qui se prétend mineur doit pouvoir profiter des avantages qu'offre la protection de l'enfance sur le territoire français. Cette idée de rendre la minorité la plus favorable possible à l'enfant, va principalement passer par l'existence implicite d'une présomption de minorité, permettant la mise en place d'une protection comme s'il était mineur, tant qu'il n'est pas déclaré majeur. Néanmoins, cette idée connaît des limites qui sont principalement d'ordre pratique, liées à des acteurs qui vont intervenir dans les procédures qui entourent la situation du MNA en France. Chaque acteur va pouvoir apprécier les conditions de la minorité, et appliquer cette présomption comme il le souhaite car elle n'est pas légalement consacrée. La Cour de Cassation n'a pas encore pu faire référence à la présomption de minorité, dans une de ces décisions, pour imposer un respect de ce principe dans la pratique. Cette absence de réelle consécration laisse donc place à des pratiques venant limiter ce principe. De plus, comme on peut le voir avec le nouveau fichier, le législateur tend aussi à venir limiter cela. Il serait alors important pour empêcher ces limites, ou seulement les réduire d'avoir une cohérence dans les techniques pour déterminer l'âge des mineurs, une application unique d'une méthode. Et non, comme il existe actuellement, une pluralité de méthodes de détermination de l'âge dont aucune ne permet un résultat pertinent.

Paragraphe II : L'impossibilité d'une méthode unique de détermination de l'âge

Une fois les contours de la détermination de l'âge posés, il faut comprendre la procédure qui existe actuellement en France, les autorités compétentes et les différents acteurs, pour achever le processus de détermination de la minorité. Il ne faut pas oublier à cette étape que le mineur est une personne de moins de 18 ans, et quand un doute existe, il doit lui profiter, grâce à la présomption de minorité. Tous ces principes vont prendre place dans un processus spécifique qui n'existe qu'en présence de mineurs, la question de l'âge n'a pas d'impact face à des majeurs. La minorité est importante pour la protection de l'enfance, qui par essence ne prévaut qu'aux mineurs. Il faut comprendre donc pourquoi l'âge d'une personne doit être déterminé. Beaucoup de MNA qui se présentent comme étant mineur alors qu'en réalité ce sont des personnes majeures. Il faut alors avoir recours à de nombreuses évaluations pour connaître la vérité sur l'âge de la personne. Ces majeurs qui se présentent comme étant des mineurs, sont envoyés par leurs familles ou alors des passeurs pour d'obtenir un titre juridique afin d'être hébergés au dépend de la protection de l'enfance. De ce fait, de nombreux acteurs du processus de la protection de l'enfance peuvent avoir l'impression d'être utilisés par ces jeunes majeurs.

Ainsi, de nombreux protagonistes vont alors déterminer l'âge la personne devant elle, dans le cas où il existe un doute, et donc savoir si elle est mineure ou non. Pour cela, ces acteurs ont à leur disposition plusieurs méthodes légales (A). Cependant, ces méthodes ne sont pas efficaces et vont aller jusqu'à porter atteinte aux droits fondamentaux (B), atteinte acceptée par le législateur et le Conseil Constitutionnel.

A- La pluralité des méthodes

La détermination de l'âge est une question essentielle mais elle est aussi très technique et sensible. Il est difficile de trouver une méthode totalement efficace et applicable à tous les mineurs, de toutes origines et à toutes les situations différentes. De ce fait, le législateur a mis à disposition des autorités compétentes, que sont l'autorité judiciaire et les conseils départementaux, un panel de méthodes (1). Chacune de ses autorités va utiliser des méthodes différentes, elles n'ont pas la compétence de les prononcer dans leur ensemble. Cependant, même si de nombreuses techniques existent pour essayer de connaître l'âge d'un jeune, aucune d'entre elles n'est réellement efficace. Il existe toujours des inconvénients, parfois même plus d'inconvénients que d'avantages à utiliser une des méthodes pour déterminer l'âge (2).

1- La présentation des différentes méthodes

Le processus de détermination de l'âge est une procédure très technique. En effet, connaître l'âge d'une personne avec certitude n'est pas une chose aisée. Il existe des méthodes qui reposent sur des considérations scientifiques comme les examens radiographiques osseux ou les examens pubertaires. A côté de ces modes dits scientifiques, il y a une méthode reposant sur une présomption juridique et une méthode pluridisciplinaire. Tous les acteurs qui vont pouvoir déterminer l'âge, ne vont pas utiliser toutes ces techniques en même temps.

Dans un premier temps, il existe un mode de détermination de l'âge prévu par le législateur, à l'article 47 du Code Civil²². Cet article pose le principe de la présomption de validité des actes d'état civil effectués à l'étranger. Il faut rappeler que la Cour de Cassation a pu définir l'état civil comme « *l'écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'identité d'une ou plusieurs personnes.* »²³ En France, il existe seulement cinq types d'actes d'état civil que sont l'acte de naissance, l'acte d'enfant sans vie, l'acte de reconnaissance, l'acte de mariage et enfin l'acte de décès. Cependant, ces cinq documents n'existent pas forcément dans tous les Etats du monde. Certains pays, en raison de leurs coutumes propres, peuvent avoir d'autres types d'actes constituant l'état civil d'une personne, mais ces actes ne sont pas reconnus en France. De ce fait, ils sont soumis à une procédure de légalisation. Ce procédé permet de prendre en compte et d'admettre comme valable des actes d'état civil étrangers, qui n'existent pas en France. La légalisation est une formalité par laquelle une autorité publique atteste avoir vérifié l'identité des signataires d'un acte, la qualité de la signature et le cas échéant, l'identité du timbre ou du sceau dont l'acte est revêtu. La Cour de Cassation a pu rappeler à plusieurs reprises²⁴ que la légalisation est nécessaire pour que des actes d'état civil étrangers puissent produire des effets en France. Un acte étranger qui n'est pas légalisé, ne sera donc pas reconnu par les autorités publiques. Il faut comprendre qu'un document d'identité étranger doit d'abord se soumettre à la procédure de légalisation, pour bénéficier de la présomption de validité. Cette formalité va être réalisée par le consulat du pays étranger. Elle va permettre de faciliter la circulation internationale des individus. Enfin, pour éviter que le consulat procède à la légalisation des actes de tous les ressortissants de son pays présent sur le sol français, il est possible d'avoir recours à des accords internationaux. Par exemple, la Convention de La Haye du 5 Octobre 1961 permet aux Etats signataires d'appliquer la légalisation par l'apostille. Grâce à ce procédé, la légalisation des actes d'état civil est automatique quand ce dernier est fait sur un formulaire aux dimensions spécifiques contenant un certain nombre de mentions obligatoires.

La présomption de validité peut être difficile à mettre en œuvre, elle nécessite, pour le mineur la détention de document d'identité et notamment d'un extrait de son état civil. Il arrive souvent que ce dernier demande à sa famille, restée dans le pays d'origine, de lui envoyer ces documents. Il peut être difficile d'obtenir des papiers attestant de l'état civil à l'étranger, la procédure peut être très longue ou très coûteuse. C'est pourquoi, il arrive que la famille utilise des procédés plus rapides et les documents n'ont donc pas suivi la procédure légale d'obtention dans le pays. Ils ne sont alors pas valables. De plus, quand un mineur arrive sur le territoire français sans aucun document d'identité, les autorités consulaires de son pays doivent procéder à la reconstitution de son état civil. Ce recours permet d'éviter le procédé rapide et illégal utilisé par la famille. L'article 8§2 de la CIDE²⁵ impose aux Etats d'accorder une protection particulière aux

²² Article 47 c.civ « Tout acte de l'état civil des français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenues, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »

²³ Cass, Civ 1, 14 juin 1983, n°82-13247.

²⁴ Cass, Civ 1, 14 nov 2007, n° 07-10.935, RCDIP, 2008, n° 2, 298-303 ; Cass, Civ 1, 4 juin 2009, n° 08-10.962, RJPF, 2009, n°9, 12-13.

²⁵ Article 8§2 de la CIDE « Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriée pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. »

enfants en attendant la reconstitution de l'état civil. Cette protection témoigne alors de la présomption de validité de l'état civil qui va découler de cette reconstitution.

Enfin, cette validité ne constitue qu'une présomption simple, ce qui signifie que la validité des actes d'état civil étrangers peut être renversée par toute preuve contraire attestant de leur irrégularité ou de leur falsification. Ainsi, il peut être facile de remettre en cause la validité des documents apportés par le mineur pour prouver son âge. Pourtant, la présomption de validité va être utilisée par plusieurs juges des enfants. On note notamment son utilisation par la Cour d'Appel de Riom, qui refuse le recours à des examens scientifiques pour déterminer l'âge d'un MNA. Cette juridiction fonde ses décisions uniquement au regard de l'article 47 du Code Civil. Elle permet de déterminer l'âge d'un mineur sans porter atteinte à ses droits. L'utilisation de cette méthode permet de respecter les exigences de la CIDE. L'article 8§1²⁶ de cette convention impose une protection de l'identité du mineur, l'identité qui passe bien souvent par les documents d'état civil.

Dans un deuxième temps, il y a une méthode pluridisciplinaire exercée au sein des services de protection de l'enfance du département. Depuis, une circulaire de 2013, les départements ont l'obligation de mettre à l'abri des MNA présent sur leur territoire. Cela signifie qu'ils vont devoir prendre en charge le jeune avant que le juge des enfants rende une ordonnance de placement. Souvent pendant cette période, les travailleurs sociaux vont déterminer l'âge de cette personne. Pour cela, ils vont procéder à une évaluation socio-éducative. Les conclusions sur cette évaluation seront regroupées dans un rapport de synthèse, qui est par la suite transmis au président du conseil départemental qui va conclure à la minorité ou majorité du MNA. S'il conclut à la minorité, il faudra aller voir le juge des enfants pour obtenir l'ordonnance de placement au sein des services de l'ASE. Il faut noter qu'en Isère, depuis fin 2018, la procédure de détermination de l'âge par l'évaluations socio-éducative ne se fait plus pendant la phase de mise à l'abri. Pendant longtemps, quand un MNA était connu sur le territoire, il était envoyé à l'ADATE²⁷ pour la procédure de mise à l'abri et son âge était déterminé pendant cette période. Désormais, l'évaluation de l'âge a lieu le jour de la découverte de la présence du jeune. Le département organise lui-même la phase de mise à l'abri et l'évaluation de la minorité du MNA, il ne fait plus appel à l'ADATE pour cette procédure. Il n'y a plus de délai d'attente pour procéder à la détermination de l'âge. Ainsi, si à la fin de la journée, il est déclaré mineur, il sera pris en charge par la procédure de mise à l'abri, mais au contraire s'il est déclaré majeur, il sera exclu de la procédure de mise à l'abri. Cela permet d'éviter une prise en charge de personne majeure.

L'évaluation socio-éducative est prévue à l'article R221-11²⁸ du CASF, depuis un décret du 24 juin 2016 n°2016-840. Elle va être effectuée par un travailleur social de l'ASE. Ce dernier doit alors être formé pour évaluer l'âge du mineur. En effet, l'évaluation prend la forme d'un entretien entre le MNA et le travailleur social, où ils vont discuter des différents points qui permettent de déterminer l'âge. La durée moyenne de cet entretien en France est de 3 heures, cependant cette durée n'est pas effective dans tous les départements français. Ainsi, en Isère l'entretien ne dure

²⁶ Article 8§1 de la CIDE « Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. »

²⁷ L'ADATE est une association grenobloise avec pour mission d'accompagner, orienter et conseiller les personnes étrangères qui le demandent.

²⁸ Article R221-11 alinéa 2 CASF dans sa version en vigueur avant le 1^{er} février 2019 « Au cours de la procédure d'accueil provisoire d'urgence, le président du conseil départemental procède aux investigations nécessaires en vue d'évaluer la situation de cette personne au regard notamment de ses déclarations sur son identité, son âge, sa famille d'origine, sa nationalité et son état d'isolement. »

qu'une heure et demi. Par conséquent, l'évaluation se fait dans un laps de temps très court. La personne chargée de déterminer l'âge doit donc être très compétente dans tous les domaines qui sont abordés pendant l'entretien afin de donner un avis conforme à la réalité sur la minorité ou majorité du MNA. Les travailleurs sociaux doivent avoir pour cela une formation spécifique sur la question des MNA et la détermination de l'âge. Néanmoins, en pratique, il est possible de se rendre compte que cette formation n'est pas effective. Les travailleurs sociaux n'ont pas les connaissances nécessaires. L'entretien se fait par un seul travailleur et non plusieurs, ce qui ne permet pas d'avoir une approche réellement pluridisciplinaire. En effet, il est difficile d'être spécialiste de différents domaines, mais l'évaluation pourrait se faire par un travailleur social spécialiste dans la protection de l'enfance avec un autre spécialiste en psychologie, par exemple. Plusieurs évaluateurs permettraient une approche plus concrète et appropriée à la situation spécifique du MNA dont la minorité est remise en doute. Il serait alors nécessaire pour les départements de mettre à disposition plus de personnels pour procéder à cette évaluation.

Cette méthode permet à l'évaluateur de déterminer l'âge du jeune en fonction de son comportement pendant l'entretien. Il va aussi se fonder sur la capacité du MNA à comprendre les questions, à raisonner, mais aussi sa capacité d'indépendance et d'autonomie. L'approche est donc très subjective, elle se base sur l'attitude, la manière d'être et la réflexion du jeune. Toutes ces facultés vont s'apprécier aux regards de six critères formant un référentiel. Ces critères ont été posés par le décret du 24 juin 2016. Ainsi, le travailleur social doit interroger le mineur sur son état civil, savoir où il est né et sa date de naissance. Il va s'intéresser à la composition de la famille du MNA, si ses parents sont toujours en vie, s'ils résident encore dans le pays d'origine, s'ils ont voyagé avec lui ou encore s'il a des frères et sœurs, ou d'autres membres de sa famille dans son pays d'origine et sur le territoire français. Ensuite, il existe un critère sur les motifs du départ et le parcours migratoire du MNA. L'évaluateur doit aussi chercher à connaître les conditions de vie dans les pays d'origine ainsi que les conditions de vie du jeune depuis son arrivée sur le territoire français. En dernier lieu, il faut demander au mineur s'il a un projet pour son avenir et les objectifs de vie qu'il souhaite atteindre. Ces critères sont donc très subjectifs, ils permettent seulement de retracer un parcours de vie. Ils paraissent plus adaptés pour comprendre les besoins et les envies d'une personne, notamment si elle a besoin d'un soutien psychologique. Cependant, les critères ne semblent pas convenir à la détermination de l'âge. Une personne avec un parcours de vie très difficile pourra gagner rapidement en maturité ou alors suite à un traumatisme important se bloquer sur un regard infantile du monde qui l'entoure. Il n'existe pas d'élément concret dans l'évaluation permettant de connaître avec certitude l'âge de la personne.

Dans un troisième temps, plusieurs méthodes scientifiques ou médicales ont pris part à la procédure de détermination de l'âge. Tout d'abord, l'examen du développement pubertaire a été utilisé pendant plusieurs années. Cette méthode se réfère au stade de développement sexuel, du changement de rythme de la croissance et de la maturation des organes reproductifs chez un individu. L'évaluation de ce développement va reposer sur des considérations et des examens physiques de la personne. Avec ce type d'examen, un jeune, normalement mineur va devoir se déshabiller devant un médecin qui va examiner ses parties génitales. Il est alors possible de se demander si cela est conforme aux exigences de respect de la vie privée, notamment face à l'intimité

du mineur, et de la dignité humaine posées par la CESDH²⁹. De plus, des recherches scientifiques ont pu démontrer que ces examens ne sont pas probants passés un âge de 13 ou 14 ans. En effet, la puberté a lieu avant l'âge de 15 ans, le plus souvent. Quand il faut déterminer l'âge d'un MNA, ce dernier a souvent entre 16 et 18 ans. Ainsi l'examen du développement pubertaire n'est pas utile, car il pourra seulement conclure au fait que le MNA a plus de 14 ou 15 ans. Cette méthode est désormais prohibée à l'article 388 du Code Civil³⁰, puisque cet examen porte une atteinte disproportionnée à l'intimité du mineur.

Ensuite, à côté de l'examen pubertaire, il existe l'examen radiologique osseux. Cette méthode consiste à faire une radiographie du poignet et de la main gauche d'un individu et de le comparer par la suite à un référentiel. Actuellement, on utilise l'atlas de Greulich et Pyle. L'atlas a été effectué dans les années 1940 aux Etats-Unis, sur une population caucasienne issue d'un milieu aisé. Une fois la radiographie effectuée, elle va être comparée à l'atlas pour déterminer l'âge de la personne. Cette méthode est critiquable car le référentiel est ancien, et la population recensée n'est pas diversifiée. Elle ne correspond pas à la population rencontrée au sein des MNA, qui sont souvent issus d'Europe de l'Est ou d'Afrique Subsaharienne, avec un parcours de vie lourd. Ainsi, il a été possible de constater qu'il y a une marge d'erreur sur l'âge pouvant aller jusqu'à 18 mois. Cela n'est pas négligeable, surtout quand il faut évaluer l'âge d'un jeune de 16 ou 17 ans. Néanmoins, cette méthode reste encore prononcée par certaines juridictions. A contrario, certaines juridictions, comme la Cour d'Appel de Riom, ont pu abandonner le recours à cette méthode pour déterminer l'âge des MNA. A côté de l'examen radiologique osseux³¹, il existe des méthodes très subsidiaires de détermination de l'âge. On retrouve la méthode Sauvegrain, par laquelle, les médecins vont procéder à la radiographie du coude et le comparé à un référentiel différent de l'atlas de Greulich et Pyle. Cette méthode n'est plus efficace après l'âge de 14 ans. Ensuite, la méthode de Risser se fonde sur l'ossification au niveau du bassin et du cosys. Cet examen n'est jamais utilisé car il présente trop de risque d'irradiation des organes reproducteurs. Enfin, la méthode de Tanner-Withehouse compare plusieurs os du corps face à un référentiel élaboré à partir de la population écossaise dans les années 1950. De ce fait, il est possible de constater qu'il existe de nombreux examens osseux pour déterminer l'âge. Toutes ces méthodes reposent sur des référentiels réalisés à partir d'une population particulière, pendant la première moitié du XXème siècle. Il faudrait, au minimum, remettre à jour les référentiels et se fonder sur une population plus diversifiée pour rendre les techniques plus efficaces et donc moins critiquables.

Enfin, il est possible de préciser que l'âge peut être déterminé par un examen dentaire. En effet, certaines molaires vont apparaître au cours de l'adolescence, entre 16 et 20 ans. Cela permettrait alors de donner une idée sur l'âge du mineur, avec un simple examen orthodontique qui serait peu attentatoire à la personne du MNA. Pourtant, ce type d'examen n'est jamais demandé par les juges, qui préfèrent avoir recours à l'examen radiologique osseux.

Par conséquent, de nombreuses méthodes peuvent intervenir pour déterminer l'âge d'un mineur. Chacune de ses méthodes va reposer sur des fondements plus ou moins objectifs et des considérations propres de la personne qui va évaluer l'âge. Elles sont donc toutes différentes et

²⁹ Article 8 de la CEDH « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, à son domicile et de sa correspondance »

³⁰ Article 388 dernier alinéa c.civ « En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires. »

³¹ L'utilisation des termes « examen radiologique osseux » ci-après fera référence à la méthode de Greulich et Pyle.

n'amèneront pas forcément à la même conclusion sur l'âge. Elles coexistent toutes ensemble, du fait qu'aucune ne permet d'affirmer avec certitude l'âge du mineur.

2- L'absence d'efficacité des méthodes

La minorité permet d'ouvrir une protection accrue à un MNA. Il est donc important de connaître avec certitude l'âge de ce dernier, c'est pourquoi de nombreuses méthodes de détermination de l'âge ont émergé. Ces différentes méthodes auraient pu disparaître au profit d'une seule et unique méthode. Cependant, cela n'a pas été le cas, aucune méthode n'a été privilégiée. Les techniques utilisées présentent toute une marge d'erreur qui peut être plus ou moins importante. L'exemple principal est celui de l'examen radiographique osseux qui contient une marge d'erreur de 18 mois. Un mineur de 16 ans et demi peut alors être déclaré majeur par erreur, et inversement une personne de 19 ans peut être assimilée à un mineur de 17 ans. Ainsi, cet examen ne permet pas d'avoir une certitude sur la minorité suite à l'examen. Il en va de même avec l'évaluation socio-éducative qui prend en compte seulement des éléments subjectifs. Ces éléments s'opposent aux éléments objectifs qui reposent sur des notions plus concrètes comme les examens médicaux. Cette subjectivité ne permet pas d'être sûr de l'âge d'une personne. Elle va dépendre de la personne qui va procéder à l'entretien du MNA. Chaque travailleur social qui intervient dans la procédure va évaluer la personne selon un référentiel et sur des critères définis par la loi. Cependant son appréciation du comportement de la personne et de son parcours de vie va principalement reposer sur le ressenti de l'évaluateur et sa conception du développement corporel et mental d'une personne selon son âge. L'appréciation peut aussi résulter de la formation qu'aura reçu le travailleur social, des éléments qui lui semblent plus ou moins importants dans la détermination de la minorité. Il y a donc une discrimination qui peut exister entre les MNA qui font l'objet d'une évaluation socio-éducative en fonction de l'interlocuteur. Avec cette méthode, un jeune pourrait paraître mineur selon une personne mais elle serait vue comme majeur pour une autre personne. Ainsi, selon l'individu qui a procédé à son évaluation, le résultat ne sera pas le même.

Cela permet d'affirmer que ces méthodes ne sont pas totalement efficaces. Elles ont toutes une marge d'erreur qui peut être assez importante. De ce fait, il n'est pas possible de mettre l'une des méthodes en avant et ne plus avoir recours aux autres. Certaines méthodes sont devenues très subsidiaires ou ne sont plus du tout utilisées, non pas parce que la marge d'erreur était trop importante mais parce qu'elles étaient trop attentatoires aux droits fondamentaux des MNA. C'est le cas notamment pour les examens du développement pubertaire. D'autres méthodes ne sont pas utilisées car elles sont efficaces mais seulement pour une tranche d'âge précise comme les examens osseux par la technique Sauvegrain. Ce n'est pas l'efficacité de la méthode qui permet son utilité mais sa facilité de mise en œuvre. Quand une méthode est peu contraignante, elle va être utilisée par de nombreux acteurs.

L'âge obtenu peut-être confirmé en ayant recours au procédé de la vraisemblance. Cela est principalement utilisé par les magistrats. Afin d'éviter le recours à un examen radiographique osseux, ils vont regarder si l'âge allégué par le mineur est vraisemblable à son physique et aux documents qu'il a produit. L'approche est subjective mais elle permet une forme de tolérance. Les magistrats n'attendent pas une certitude sur la minorité mais seulement une vraisemblance entre ce qui est dit par le MNA et la réalité. Le correctif de la vraisemblance de l'âge va pouvoir aussi exister pendant l'évaluation socio-éducative, en cas de doute à l'issue de l'entretien. Le travailleur social va pouvoir se fonder sur la potentielle réalité de l'âge prétendu du MNA.

Les différents procédés de détermination de l'âge ne vont pas être utilisés de la même manière. Chacune des méthodes va s'apparenter à un des acteurs de la procédure. Ainsi, l'évaluation socio-judiciaire n'est possible que par des travailleurs sociaux. Elle pourra être mise en œuvre uniquement par le département. Un magistrat n'a pas la possibilité de prononcer cette mesure. Cependant, pour déterminer l'âge d'un mineur, le département ne peut utiliser que l'évaluation socio-éducative, aucune autre méthode ne lui est ouverte. Il ne pourra pas faire appel à la légalisation ou à un examen osseux. Le président du conseil départemental qui va devoir statuer sur la minorité d'un MNA est alors lié par le rapport synthétique de l'évaluation socio-éducative et ne pourra pas avoir un avis extérieur. L'approche est purement subjective quand la détermination de l'âge a lieu au sein du département.

Quand un acteur veut utiliser un examen osseux, il doit passer par l'autorité judiciaire. L'examen radiographique osseux pourra être demandé soit par un juge des enfants soit par le Procureur de la République. Le préfet et le président du conseil départemental n'ont pas le pouvoir d'ordonner une telle mesure. Cela s'explique en raison de l'article 66 de la Constitution qui présente l'autorité judiciaire comme le garant des libertés individuelles. L'autorité judiciaire doit à ce titre protéger les droits des individus. Les examens osseux sont des méthodes qui vont porter atteinte à la vie privée, à l'intimité, à l'intégrité du corps humain et même à la dignité des intéressés. Il faut donc assortir la procédure de garde-fous pour éviter les dérives de cet examen. Ainsi, l'examen radiographique osseux aura lieu quand un juge des enfants est saisi pour placer un MNA au sein des services de l'ASE ou lors d'une procédure administrative quand le préfet va saisir le Procureur de la République pour connaître l'âge de la personne retenue. L'article 388 du Code civil énonce la compétence expresse d'un magistrat « *Les examens radiologique osseux (...) ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire.* »

Concernant la présomption de validité des actes d'état civil, pour contester des documents étrangers, il faut nécessairement aller devant un juge. L'autorité judiciaire est la seule compétente pour statuer sur la validité de documents qu'ils soient français comme étrangers. Une autorité administrative n'a pas ce pouvoir. Ainsi, l'utilisation de l'article 47 du Code Civil ne pourra se faire que devant un juge, là encore ce sera le juge des enfants qui sera saisi de la procédure, notamment dans le cadre de la mise en œuvre de la protection de l'enfance.

Les techniques de détermination de l'âge ne permettent pas d'atteindre une certitude sur la minorité mais un avis global sur la situation. Ce n'est pas le seul inconvénient de ces procédés. Même s'ils sont entourés par des garanties, notamment l'autorisation d'un magistrat, ils font l'objet de nombreux inconvénients et de critiques. Certaines des méthodes vont porter atteinte aux droits fondamentaux du MNA et poser des questions sur d'éventuelles condamnations par la CEDH concernant leur utilisation.

B- Des méthodes portant atteinte aux droits fondamentaux

Les droits fondamentaux sont des droits inhérents à la personne humaine. De ce fait, leur protection doit être un objectif principal des Etats. Cependant, la France ne respecte pas ces droits à tous les égards. Les MNA sont des personnes qu'il faut protéger en raison de leur double vulnérabilité : la minorité et l'isolement. L'âge et l'exclusion des majeurs voulant profiter du système de protection de l'enfance est devenu une préoccupation importante de la politique française

nationale comme des départements. De ce fait, on se rend compte que les droits fondamentaux sont mis à mal par les méthodes de détermination de l'âge, mais plus particulièrement par le recours à l'examen radiologique osseux (1). La CEDH et le Conseil Constitutionnel aurait pu remettre en cause cette pratique, et supprimer l'utilisation de cette méthode mais malheureusement cela n'a pas encore été le cas (2).

1- Des atteintes multiples par la mise en œuvre de l'examen radiologique osseux

Pendant longtemps, l'examen du développement pubertaire était au centre des débats sur le non-respect des droits fondamentaux, au profit de la détermination de l'âge. Désormais, cette méthode est prohibée par le Code Civil. Le mode de détermination de l'âge le plus attentatoire aux droits fondamentaux du MNA est, actuellement, l'examen radiologique osseux. Cette méthode va contre le droit au respect de la vie privée et de l'intimité de l'article 8 de la CEDH, mais aussi contre la dignité humaine et l'intégrité du corps humain protégées par l'article 16 du Code Civil³². En effet, la méthode passe par un acte médical pour déterminer l'âge, il faut faire une radiographie du poignet et de la main gauche. L'article 16-3 du Code Civil³³ permet le recours à la médecine comme exception à la violation de l'intégrité du corps humain, mais seulement dans un intérêt thérapeutique. Cependant, dans le cas de l'examen radiographique osseux, l'objectif n'est pas celui de l'intérêt thérapeutique, puisque que le mineur n'est pas malade ou on ne cherche pas à savoir s'il est malade et à le soigner. Ici, l'objectif est celui de déterminer l'âge afin d'être certain de la minorité du jeune. L'article 16-3 ne permet alors pas d'éviter l'atteinte à l'intégrité corporelle du mineur. L'acte médical est donc normalement illégal. Pourtant, cet examen reste prévu par le législateur. Ce processus de détermination de l'âge est inscrit à l'article 388 du Code Civil³⁴.

Pour contrer l'atteinte à l'intégrité du corps humain, le législateur a posé la condition du recueil du consentement. L'examen radiologique osseux ne pourra être mis en œuvre que si d'autres méthodes moins attentatoires ne peuvent être efficaces et si l'intéressé y a consenti. La Cour de Cassation a pu rappeler expressément cette nécessité de consentement.³⁵ Dans cet arrêt, la Haute juridiction précise que le MNA doit pouvoir comprendre l'objectif de l'examen pour donner son consentement et cela dans le respect de la déontologie médicale. Pour cela, le jeune doit maîtriser la langue française ou être accompagné d'un traducteur qui peut lui expliquer les enjeux de l'examen. Cette nécessité du consentement pourrait venir remplacer la condition d'objectif thérapeutique pour le recours à un procédé médical. Si une personne donne son consentement à un acte, cela pourrait dire que l'acte est forcément valable. Pourtant, le consentement ne doit pas se suffire à lui-même. Il existe de nombreux exemples en droit, où le consentement ne suffit pas à pallier l'atteinte à des principes fondamentaux. Le fait de donner son accord ne permet pas de faire tout ce que l'on veut. Le consentement ne doit pas seulement être une formalité dans un processus légal, il doit être une aide à la réalisation d'un acte qui se veut plus ou moins grave et qui pourrait avoir des conséquences importantes sur la personne qui le donne. Ainsi, demander le consentement

³² Article 16 c.civ « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

³³ Article 16-3 c.civ « il ne peut pas être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. »

³⁴ Article 388 alinéa 2 c.civ « Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identités valables et lorsque l'âge allégués n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après accord de l'intéressé. »

³⁵ Cass, Civ 1, 3 octobre 2018, n° 18-19. 442, JCP G, 2018, n°43, 1910.

pour un examen médical est nécessaire pour contrer l'atteinte au corps humain, sauf en cas d'urgence vitale, mais seulement dans un but thérapeutique. L'examen médical dispose bien d'une double condition que sont le caractère thérapeutique et le consentement. Le consentement à lui seul, même libre et éclairé, ne permet pas de justifier le recours à un examen radiologique osseux qui ne serait pas fait pour soigner l'intéressé. Le seul objectif de détermination de l'âge ne suffit pas. Il ne repose pas sur une volonté de protéger la personne et son corps comme le fait l'intérêt thérapeutique. Dans sa pratique actuelle, cet examen sert à désengorger les services départementaux de protection de l'enfant et se fait au service de la politique de lutte contre l'immigration du gouvernement. C'est donc son objectif actuel qui le rend d'autant plus critiquable et contraire aux principes fondamentaux qui l'encadrent.

Il faut noter que l'article 388 prévoit une utilisation de cette détermination de l'âge subsidiaire, elle ne peut se faire que si les documents d'identité du MNA ne sont pas valables et que l'âge allégué n'est pas vraisemblable. Dans un arrêt de 2008, la Cour de Cassation a précisé les conditions du recours à l'examen osseux et notamment son caractère subsidiaire. L'acte de naissance doit faire foi, s'il a été réalisé conformément à la loi étrangère. Cette jurisprudence rappelle que si la présomption de légalité des actes d'état civil étranger est mise en œuvre, l'examen radiologique osseux ne peut pas être prononcé. En effet, il existe déjà un élément sur lequel le juge du fond va pouvoir fonder sa décision. De plus, le résultat de cet examen est beaucoup trop imprécis pour compléter la validité de l'acte de naissance³⁶. Le recours systématique à l'examen radiologique osseux devrait être évité. Ce dernier étant très controversé actuellement, face aux atteintes portées aux corps humains, même si le consentement est vu par le législateur comme un premier garde-fou à son utilisation. Il a été préférable de rendre le recours à cette méthode de détermination de l'âge peu fréquent. Pour cela, un autre garde-fou a été posé dans le texte, en faisant apparaître un ordre dans l'utilisation des techniques de détermination de l'âge. Le juge doit d'abord faire appel à l'article 47 et la présomption de validité des actes d'état civil, avant de pouvoir prononcer un examen radiologique osseux. On voit alors apparaître une hiérarchie dans les méthodes utilisées, qui se fonde sur le respect des droits fondamentaux. En effet, la présomption de validité ne porte atteinte à aucun droit, bien au contraire, elle se fait dans le respect de tous les droits et engagements internationaux de la France. Cette idée de hiérarchie devrait permettre de réduire l'utilisation des examens radiologiques osseux. Cela a été le cas dans certaines juridictions comme la Cour d'Appel de Nîmes, par exemple, qui ordonne un examen radiologique osseux quand l'évaluation socio-éducative n'a pas permis de déterminer l'âge d'un jeune. Cet examen est donc complémentaire avant d'être subsidiaire, dans ce cas. En outre, il existe encore des tribunaux où les examens radiologiques osseux sont le moyen le plus utilisé.

Dans un avis du 23 janvier 2014, le Haut Conseil de la Santé Publique a précisé que l'examen radiologique osseux dispose d'une marge d'erreur de 18 mois. Cette marge d'erreur est donc connue officiellement depuis cet avis. Elle a été utilisée à plusieurs reprises par la Cour de Cassation pour rappeler l'imprécision de l'examen. En effet, cette méthode aurait pu paraître comme la solution parfaite pour connaître avec certitude l'âge d'une personne. Elle repose sur des considérations médicales, donc des éléments concrets qui ne semblent pas pouvoir être remis en doute. Pourtant,

³⁶ Cass, Civ 1, 23 janvier 2008, n° 06-13.344, Recueil Dalloz Sirey, 2008, n° 27, 1854.

le progrès scientifique et la médecine ne sont pas des sources totalement fiables. L'examen radiologique osseux est un bon exemple de cette inefficacité.

Cette marge d'erreur est au centre des critiques sur l'examen radiologique osseux. Il faut comprendre que la méthode ne semble pas respecter convenablement les droits fondamentaux défendus par la CEDH. En plus de ce non-respect, le mode de détermination de l'âge est finalement peu fiable. La marge est importante, de 18 mois permet de déclarer des personnes majeures, par erreur, alors qu'elle pourrait bénéficier de la protection de l'enfance pendant plusieurs mois. Cette impossibilité de prise en charge empêche dans un même temps d'obtenir l'aide et les conseils nécessaires pour le passage à la majorité du MNA. Elle est exclue immédiatement du système de la protection de l'enfance et va se retrouver alors dans la rue sans hébergement.

Le législateur a eu connaissance de cet inconvénient majeur mais n'a pas voulu interdire le recours à l'examen radiologique osseux pour autant. Il est venu prendre en compte cette possibilité d'erreur à l'alinéa 3 de l'article 388 du Code Civil³⁷. Il énonce expressément que la marge d'erreur doit être inscrite dans les conclusions sur l'examen et que le doute qui en découle doit profiter au mineur. Le législateur est allé plus loin, pour concilier le recours à ce type de méthode et le respect des droits fondamentaux. Il se base sur la marge d'erreur possible pour admettre que l'examen radiologique osseux n'est pas en soit un mode autonome de détermination de l'âge. Les résultats de l'examen doivent être comparés aux documents produits par le mineur, l'âge allégué ou encore l'évaluation socio-éducative, si elle a été réalisée. Il faut avoir une vue d'ensemble sur les méthodes pour prononcer la minorité ou la majorité d'une personne. Cette absence d'autonomie de l'examen radiologique osseux n'a pourtant pas suffi à réduire son utilisation. C'est un nouveau garde-fou du législateur pour éviter toute condamnation de la CESDH pour non-respect des droits fondamentaux. Cela n'a pas non plus suffi pour calmer la critique de la doctrine mais aussi de tous les acteurs qui gravitent autour des MNA, tels que les administrateurs ad hoc ou les associations, ou encore la doctrine.

Dans une décision récente du 22 mai 2019³⁸, la Cour de Cassation va plus loin. Elle affirme désormais que l'examen osseux ne peut pas suffire à fonder une décision de mainlevée de placement et conclure à la majorité. L'examen radiologique osseux doit toujours être complété par d'autres éléments. Cette juridiction montre alors sa position contre ce type de technique et cherche à limiter son utilisation par les juges du fonds.

Certes, l'examen radiologique osseux semble très encadré pour éviter les dérives des juges dans la pratique. Cependant, l'examen est une méthode contraire à la protection des MNA. Ce type d'examen est très impressionnant pour un mineur, qui ne sait pas réellement à quoi il a donné son consentement. Ce dernier peut déjà avoir un traumatisme des suites de son parcours migratoire et nécessite une certaine bienveillance à son égard et non pas un nouveau traumatisme par cet examen. La vulnérabilité qui est attachée à la minorité est oubliée au profit de la nécessité de détecter les majeurs se prétendant mineurs. De ce fait, la volonté du législateur n'est pas suffisante pour rendre l'examen radiologique osseux moins critiquable.

³⁷ Article 388 alinéa 3 c.civ « Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre la déterminer si l'intéressé est mineur. »

³⁸ Cass, Civ 1, 22 mai 2019, n°18-22.738

2- La remise en cause de l'examen radiologique osseux par une question prioritaire de constitutionnalité

L'examen radiologique osseux a été remis en cause récemment. En effet, la Cour de Cassation a accepté de transmettre une QPC au Conseil Constitutionnel, le 21 décembre 2018³⁹, afin de vérifier la constitutionnalité de l'expertise osseuse. La constitutionnalité de l'article 388 Code Civil dans son ensemble a été contestée face à de nombreux textes du bloc de constitutionnalité. Dans cette affaire, une jeune femme née en République de Guinée se voit opposer une mainlevée de sa mesure de placement suite à une expertise médicale osseuse la décrivant comme majeure. A l'occasion d'un pourvoi en Cassation formé contre la mainlevée du placement, la requérante a déposé un mémoire distinct et motivé contenant une QPC. L'article 388 est tout d'abord contesté face aux articles 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'article 10⁴⁰ pose le principe selon lequel la nation doit assurer les conditions nécessaires au développement des individus. L'article 11⁴¹ permet quant à lui la protection de la santé des citoyens. L'examen radiologique osseux ne respecte pas totalement la protection de la santé, puisqu'il constitue un examen médical qui est dénué de toute fin thérapeutique. De plus, il entraîne des risques pour la santé du MNA. A ce titre, Fulchiron a pu dire que « *si la technique n'est pas gravement invasive, elle est dépourvue de toute finalité médicale.* »⁴². Ensuite, l'examen osseux est mis en cause car il méconnaît le principe constitutionnel de dignité humaine en raison des risques des irradiations effectuées sans fin thérapeutique ou diagnostique. Le non-respect du principe de dignité humaine est aussi mis en avant en raison des déductions prises par le juge des enfants à la suite d'un refus du MNA de se soumettre à l'examen. En effet, ce dernier est invasif, il faut recueillir le consentement de l'intéressé pour y procéder, pourtant en cas de refus, le juge pourra tirer toutes conséquences de ce refus et même l'absence de minorité. Ce n'est pas la peur d'un examen invasif qui pourrait justifier le refus selon certains juges mais la peur de découvrir la majorité. C'est ce point qui est contesté. Puis, les principes protégés par la DDHC sont remis en cause par l'article 388. L'article 2 de la déclaration⁴³ pose le respect des droits imprescriptibles et naturels de l'homme. Il serait méconnu par la détermination de l'âge via l'usage d'un examen intrusif, la divulgation des résultats médicaux et l'interprétation du refus par le juge des enfants. Enfin, la requérante précise que la notion de documents d'identité valables n'est pas suffisamment définie pour conditionner le recours à l'examen osseux, notamment le texte ne précise pas s'il existe une présomption de sincérité des documents d'identité étrangers. En effet, la validité des actes d'identité correspond à la procédure effectuée par la PAF ainsi que la formalité de légalisation. Ces notions ne sont pas définies expressément par le législateur. Il existe une présomption de validité qui pourrait rejoindre une présomption de sincérité. Cette sincérité peut correspondre à la véracité des informations contenues dans l'acte. Actuellement, seule la forme est concernée par la présomption de validité mais pas les éléments que contient l'acte. La requérante conteste cette absence de présomption sur

³⁹ Cass, Civ 1, 21 décembre 2018, n° 18-20.480, RPJF, 2019, n°4.

⁴⁰ Article 10 Préambule de 1946 « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement. »

⁴¹ Article 11 Préambule de 1946 « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. »

⁴²H. Fulchiron, « Minorité, expertise osseuse et dignité de la personne humaine », JCP droit de la famille, n°3, Mars 2019, comm. 48

⁴³ Article 2 DDHC « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

les mentions contenues dans l'acte. Ce dernier point de la QPC est confronté aux articles 4⁴⁴, 5⁴⁵, 6⁴⁶ et 16⁴⁷ de la DDHC.

La Cour de Cassation a reconnu un caractère sérieux de toutes les atteintes aux droits et libertés mentionnées dans la QPC. Elle a déjà pu auparavant mettre en avant le caractère critiquable de l'examen radiologique osseux sans pour autant bannir son utilisation, puisque celle-ci est prévue expressément dans le Code Civil. La transmission de la QPC au Conseil Constitutionnel a pu susciter des questions sur l'avenir de l'examen radiologique osseux. Il a été possible de penser que cette méthode de détermination de l'âge allait être déclarée inconstitutionnelle. Comme il a été vu précédemment, l'examen entraîne des conséquences dommageables sur la personne du MNA ainsi que sur ses droits fondamentaux garanties par la CEDH et la Constitution. Si l'inconstitutionnalité avait été prononcée, la doctrine se serait penchée sur les conséquences de la disparition de l'examen osseux. Les juges des enfants, dans ce cas, n'auraient plus que la présomption de validité des actes d'état civil et la vraisemblance pour déterminer l'âge d'un jeune. Il faudrait alors se baser sur des considérations d'apparence physique et de conformité des documents. Il n'y aurait plus de recours à la science et à la médecine dans la détermination de l'âge, donnant lieu à des résultats approximatifs et peu objectifs.

Le Conseil Constitutionnel a rendu sa décision sur cette QPC le 21 mars 2019⁴⁸. Cette juridiction a décidé de valider le système actuel et déclare l'examen radiologique osseux constitutionnel. Même si la QPC concernait l'article 388 du Code Civil dans son ensemble, le Conseil Constitutionnel a concentré son examen de l'article sur les alinéas 2 et 3 qui concernent directement l'expertise médicale osseuse. La juridiction commence par dire que l'article dispose de garanties suffisantes, il y a un contrôle de l'autorité judiciaire sur le recours à l'examen. Le Conseil Constitutionnel met en avant que l'expertise osseuse ne pourra avoir lieu qu'après avoir obtenu le consentement du mineur. Cela constitue là aussi une garantie suffisante. De plus, même s'il existe une marge d'erreur significative, celle-ci doit bénéficier au jeune. Concernant la protection de la santé et l'absence d'objectif thérapeutique, le Conseil Constitutionnel ne se prononce pas. Pour lui les conséquences sur la santé d'une disposition ne relèvent pas d'une compétence constitutionnelle mais législative. Cet élément de réponse est critiquable puisque le bloc de constitutionnalité fait référence à plusieurs reprises à la protection de la santé, notamment dans l'article 11 du Préambule de 1946. Les conséquences sur la santé sont de compétence législative mais la conformité des expertises médicales à la protection constitutionnelle de la santé est une compétence constitutionnelle. Il est alors possible de se demander pourquoi le Conseil Constitutionnel n'a pas souhaité répondre sur la conformité de l'article 388 face à la protection de la santé. Sur ce point en particulier, il aurait pu trouver le fondement de l'inconstitutionnalité de l'examen radiologique

⁴⁴ Article 4 DDHC « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

⁴⁵ Article 5 DDHC « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

⁴⁶ Article 6 DDHC « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignité, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents. »

⁴⁷ Article 16 DDHC « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

⁴⁸ Conseil Constitutionnel, décision QPC, 21 mars 2019, n° 2018-768.

osseux. Ensuite, pour le Conseil Constitutionnel, il n'y a pas d'atteinte à la vie privée puisque la personne doit donner son accord pour procéder à l'examen. Enfin, l'article est conforme à la dignité humaine et à l'inviolabilité du corps humain. L'expertise médicale osseuse doit se faire avec le consentement de la personne, elle ne constitue pas une expertise interne au corps humain et elle est indolore. Ces éléments permettent de valider l'examen radiologique osseux par le Conseil Constitutionnel.

Cette décision est plutôt surprenante en raison de toutes les critiques qui ont été mises en avant. De nombreux conseils consultatifs sont pourtant allés dans le sens de la suppression de l'examen radiologique osseux. Sont opposés à cette méthode de détermination de l'âge le CCNE ou encore le CNDCH. Ces deux institutions sont importantes pour le respect des droits fondamentaux. Leurs avis mettent en avant les atteintes à ses droits et à l'éthique avec des recommandations pour faire évoluer les critiques. Le défenseur des droits a à plusieurs reprises, que ce soit dans des avis comme dans des décisions, montrer son opposition à l'examen radiologique osseux. Pour toutes ces institutions, les MNA ne sont pas protégés comme des mineurs et des personnes d'une particulière vulnérabilité, face à cet examen. Leurs droits sont mis à mal de manière très importante. De ce fait, la décision du Conseil Constitutionnel est alors critiquable, puisqu'elle ne suit pas les nombreux avis et recommandations qui ont été émis et valide finalement les atteintes existantes aux droits fondamentaux.

En conclusion, il est important pour la pratique de connaître l'âge d'une personne qui se prétend être un MNA. Beaucoup de MNA sont en réalité des adultes qui souhaitent détourner le système de la protection de l'enfance. Ce service départemental est actuellement surchargé et nécessite donc un filtrage pour laisser les places, devenues précieuses, aux personnes qui sont réellement mineures. La vulnérabilité des enfants est une question centrale, entraînant la création d'une présomption de minorité et en cas de doute celui-ci doit toujours bénéficier aux mineurs. L'arrivée massive des MNA en France depuis le début des années 2010 a engendré de nombreuses modifications du processus de prise en charge de ces mineurs, mais surtout la nécessité de connaître l'âge afin d'exclure les majeurs de la protection de l'enfance. La détermination de l'âge est devenue une procédure centrale. Plusieurs méthodes ont émergé afin de s'adapter à la situation particulière des MNA. Ces méthodes ne sont pas efficaces, elles présentent toutes des avantages et des inconvénients. Certaines vont à l'encontre des droits et libertés fondamentaux. Il serait nécessaire de réformer toute la procédure de détermination de l'âge pour apporter une meilleure cohérence et cohésion entre les différentes méthodes. Cette réforme pourrait être indispensable pour éviter une condamnation certaine de la CEDSH. Cette condamnation pourrait intervenir en raison du recours à l'examen radiologique osseux, qui met à mal la vulnérabilité, la dignité et la vie privée du MNA.

Pourtant la détermination de l'âge reste une étape indispensable dans la procédure de prise en charge des MNA. Une fois que la personne est déclarée mineure, elle va alors rentrer dans le système de protection de l'enfance. Cela va entraîner de nombreuses conséquences favorables à la situation du MNA.

Section 2 : Les conséquences de la détermination de l'âge sur la situation du mineur non accompagné

Suite à la détermination de l'âge, les MNA peuvent être déclarés mineurs soit par le département soit à la suite d'une décision du juge des enfants. Leur minorité ne pourra normalement plus être remise en cause. Il arrive en pratique, que des MNA qui ont été pris en charge et déclarés mineurs, finissent par avouer aux travailleurs sociaux ou à leurs familles d'accueil qu'ils ont en réalité 18 ans ou plus. Dans ce cas, la protection attachée à leur minorité va tomber en raison de la majorité. Cependant, normalement, ces MNA sont vus comme des enfants. L'enfant est considéré comme un être humain très vulnérable, puisqu'il ne dispose pas de la capacité juridique. Cette considération doit se faire au plan interne et international, grâce à la CIDE. De ce fait, il bénéficie d'une protection particulière. Cette protection intervient dans tous les domaines du droit, on retrouve notamment l'atténuation de la responsabilité pénale ou l'autorité parentale des représentants légaux du mineur. Les MNA ne sont pas exclus de cette protection. Une fois qu'ils sont déclarés mineurs et que leur condition de MNA est confirmée, cela va leur ouvrir de nombreux droits dont bénéficient les enfants français. Ces droits sont principalement des droits civils (Paragraphe I). Mais les MNA ne sont pas des enfants comme les autres, ce sont des mineurs venant d'un autre Etat. Ainsi, la déclaration de minorité accorde aussi certains avantages en droit des étrangers, qui n'existent pas pour les adultes (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le droit civil au centre de la prise en charge des MNA

La déclaration de minorité d'un MNA, lui ouvre plusieurs droits civils qui sont propres à la condition d'enfant sur le sol français. La conséquence la plus importante est l'accès au système de la protection de l'enfance (A). Cette protection est applicable à tout enfant en danger présent sur le territoire. La double vulnérabilité du MNA va lui permettre de bénéficier du service de l'ASE, une fois que son âge est déterminé. La protection de l'enfance n'est pas le seul avantage civil, les MNA présent en France vont normalement avoir accès à l'école et à une formation (B). Cette exigence d'éducation est un engagement international de la France qui s'applique à tout mineur présent sur le territoire, qu'il soit français ou étranger.

A- Le bénéfice de la protection de l'enfance

La protection de l'enfance est une obligation imposée par la CIDE⁴⁹ à l'Etat français. Ce dernier s'est engagé à protéger tous les enfants sans considération de sexe, d'âge, d'origine, de langue, d'opinion politique ou encore de religion. Une fois que les autorités locales ont la certitude

⁴⁹ Article 2 alinéa 1 CIDE « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tous les enfants relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation ».

Article 3 alinéa 2 CIDE « Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. »

ou au moins l'impression que le MNA est mineur, ce dernier doit être pris en charge. La protection de l'enfance est la conséquence principale attachée à la minorité et la situation de danger par l'isolement d'un MNA. Ainsi, le placement au sein des services de l'ASE doit être automatique (1). Néanmoins, des considérations politiques, notamment de lutte contre l'immigration vont limiter cette prise en charge par le département et exclure le MNA temporairement ou définitivement du système de protection de l'enfance (2).

1- Le principe de prise en charge par la protection de l'enfance

La protection de l'enfance est une mission confiée par l'Etat au département, au titre de L221-1 du CASF⁵⁰. L'autorité judiciaire va intervenir de manière subsidiaire, selon l'article 375 du Code Civil⁵¹, elle doit opérer quand le département ne parvient pas à protéger le mineur sans avoir recours à la force publique et aux pouvoirs contraignants. Dans le cas des MNA, le département ne pourra pas agir seul pour assurer cette mission. En effet, le département a une compétence uniquement en présence des parents et avec leur collaboration. Quand le département est impuissant et que les parents ne veulent pas coopérer pour protéger l'enfant, l'autorité judiciaire est compétente pour utiliser des solutions plus coercitives. Un MNA est par définition un mineur étranger qui se retrouve sans ses représentants légaux sur le sol français.

L'accès à la protection de l'enfance aux MNA a été pris en compte implicitement par deux lois du 5 mars 2007⁵² et du 14 mars 2016⁵³. Ces deux lois sont venues modifier la protection de l'enfance de droit commun, sans distinguer entre les mineurs nationaux et étrangers. En effet, un MNA, une fois déclaré mineur, reste un enfant qui a besoin d'être protégé, peu importe sa nationalité.

Un MNA qui a été déclaré mineur va automatiquement rentrer dans le système de protection de l'enfance, peu importe le mode utilisé pour déterminer son âge. Tout d'abord, quand le président du département rend une décision de minorité suite à une évaluation socio-éducative, il devra saisir par la suite le juge des enfants pour obtenir une ordonnance de placement. C'est le cas rencontré le plus souvent. Le département ne peut pas s'occuper seul de la protection du mineur. En l'absence des représentant légaux du mineur, le juge des enfants doit mettre en œuvre l'assistance éducative de l'article 375 du Code Civil. Sur ce point, il est possible de rappeler que l'isolement du mineur est généralement remis en question par les juges des enfants. Certains magistrats ont pu considérer que des liens avec la famille au pays ou encore quand le mineur a des liens avec des membres de sa famille ou des amis en France. Quand le MNA avait alors encore

⁵⁰ Article L221-1 1° CASF « Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes : 1° apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs et à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social, qu'aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre. »

⁵¹ Article 375 alinéa 1 c.civ « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par la justice à la requête des père et mère ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. »

⁵² Loi du 5 mars 2007, n° 2007-293, réformant la protection de l'enfance.

⁵³ Loi du 14 mars 2016, n° 2016-297, relative à la protection de l'enfance.

des liens existants avec des amis ou sa famille, les juges refusaient de prononcer une ordonnance de placement au sein de l'ASE. La Cour de Cassation s'est prononcée face à la pratique de ces magistrats, en 2017⁵⁴. Cette jurisprudence précise qu'il ne peut pas avoir une ordonnance de levée du placement par un magistrat pour absence de danger, si ce dernier n'a pas recherché s'il existe des représentants légaux sur le territoire français. La présence d'un ami de la famille en France ne suffit pas à caractériser un représentant légal. Il en va de même quand le MNA entretient des relations épistolaires ou électroniques avec ses représentants légaux restés dans le pays d'origine. Le parent exerçant l'autorité parentale vivant dans un autre pays ne permet pas de justifier d'une protection suffisante en France et donc ne justifie pas la mainlevée du placement. Ainsi, depuis cette décision de la Cour de Cassation, les juges des enfants doivent prononcer une ordonnance de placement à l'ASE en cas de MNA, déclaré mineur et sans représentant légal présent en France. Quand le juge des enfants est confronté à une demande du département de placer un MNA à l'ASE, il va devoir rendre une ordonnance dans ce sens. Cette même solution va s'appliquer quand c'est au juge des enfants de déterminer l'âge du MNA, notamment quand le département n'a pas assez d'éléments pour connaître l'âge. Cette compétence du juge des enfants existe aussi quand le département a déclaré la personne majeure mais que celle-ci décide de contester la décision. Quand ce magistrat doit alors déterminer l'âge, s'il rend une décision en faveur de la minorité, il devra prononcer automatiquement une ordonnance de placement au sein de l'ASE.

On se rend compte, que l'ordonnance de placement doit être une décision systématique du juge des enfants, en présence d'un MNA. Il faut établir l'isolement de ce dernier, qui existe en cas d'absence du représentant légal sur le territoire français. Parfois, cela ne suffit pas à accéder au placement de l'enfant au sein de l'ASE.

2- L'exclusion en faveur de la lutte contre l'immigration

Certains MNA n'auront pas droit à un accès direct à la protection de l'enfance. Il se peut que la question de la minorité ne se pose pas devant le département ou un juge mais devant une autorité administrative. C'est le cas, quand un mineur est placé en zone d'attente. La zone d'attente est une fiction juridique créant une zone sous douane dans les aéroports, les gares, les ports et tous les espaces frontaliers. Elle permet de contrôler l'entrée sur le territoire français des étrangers. La plus importante zone d'attente en France se trouve à l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle, à Paris. Elles ont été créées par la loi du 6 juillet 1992⁵⁵, dans le but de contrôler l'entrée sur le territoire français des étrangers sans visa ou titre de séjour.

Les MNA pourront être placés dans une zone d'attente, cela est souvent le cas quand un passeur a aidé le mineur à arriver en France mais l'a abandonné dès l'arrivée à l'aéroport. La PAF qui se trouve face à un MNA dans la zone d'attente doit avertir le Procureur de la République afin de déterminer son âge. Le Procureur va la plupart du temps avoir recours à un examen radiologique osseux. Quand le MNA est déclaré mineur, il est possible de penser que le Procureur de la République prononce immédiatement une ordonnance de placement provisoire et renvoie le mineur devant le juge des enfants pour qu'il soit admis définitivement à l'ASE. Néanmoins, le Procureur de la République ne prononce que très rarement une ordonnance de placement

⁵⁴ Cass, Civ 1, 16 novembre 2017, JCP droit de la famille, 2018, n°3, 74.

⁵⁵ Loi du 6 juillet 1992, n° 92-625, sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance du 2 novembre 1945, n°45-2658, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

provisoire. En effet, la zone d'attente ne permet pas d'ouvrir droit à la protection de l'enfance. C'est une zone de non droit, le MNA présent dans cet espace n'aura pas de droit particulier lié à sa minorité, sauf la nomination d'un administrateur ad hoc. Il est traité comme un adulte. La problématique de la zone d'attente montre la prééminence du droit des étrangers et la lutte contre l'immigration face à la protection de l'enfance. Le législateur en créant une fiction juridique comme celle-ci met en avant sa politique d'immigration au détriment des engagements internationaux protégeant les enfants, comme la CIDE.

La jurisprudence a validé ce système à plusieurs reprises, notamment en 2009 où la Cour de Cassation⁵⁶ indique clairement que le MNA a droit à la nomination d'un administrateur ad hoc pendant la zone d'attente mais il n'a pas accès à la protection de l'enfance. Cette solution a été entérinée par le législateur dans une loi du 29 juillet 2015⁵⁷. La zone d'attente ne se situe pas, fictivement, sur le territoire français, ainsi les mesures de protection ne peuvent pas exister car elles ne sont possibles que sur le territoire national. La Cour de Cassation énonce même que la zone d'attente est sous contrôle administrative, de facto l'autorité judiciaire ne peut pas intervenir pour mettre en œuvre le système de la protection de l'enfance. Il existe aussi un conflit entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire au sein de la zone d'attente, la Cour de Cassation énonce expressément que la zone d'attente ne peut pas relever de l'autorité judiciaire. Cela est contradictoire puisque que le Procureur de la République doit être informé de la présence d'un mineur dans la zone d'attente et en cas de doute, il est seul compétent pour déterminer l'âge. Cette intervention de l'autorité judiciaire est limitée mais devrait s'ouvrir à des mesures de protection de l'enfance. Cette jurisprudence est très critiquable car depuis un arrêt du 18 mars 2005⁵⁸, cette juridiction a prononcé l'applicabilité directe de la CIDE. Cela signifie que tout individu peut invoquer directement devant les juridictions étatiques le non-respect des engagements découlant de la CIDE. Pourtant la Cour de Cassation refuse, dès 2009, de protéger un mineur, même si cela est contraire à son intérêt supérieur, quand il est placé en zone d'attente. Elle fait primer l'intérêt de la nation de lutter contre l'immigration. En outre, si on permet le bénéfice de la protection de l'enfance à un MNA, sans document d'identité et sans titre de séjour, celui-ci va entrer sur le territoire français et ne pourra plus se faire expulser. La solution du législateur et de la Cour de Cassation est la seule option pour lutter contre l'immigration des MNA. Cependant, cela ne joue pas en faveur de la vulnérabilité et de l'obligation de protéger les enfants. L'immigration est une question importante dans la société actuelle mais elle ne constitue pas une circonstance atténuante face au refus de prise en charge des mineurs. Cela constitue une limite très importante à l'accès à la protection de l'enfance mais surtout à l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par la CIDE⁵⁹. Cet intérêt doit normalement être l'élément déterminant dans une décision, pourtant cela n'est pas le cas concernant la zone d'attente.

De surcroît, l'expulsion du système de protection de l'enfance est automatique quand le MNA a été déclaré majeur par le département ou par une décision du juge des enfants. La protection de l'enfance est attachée à la minorité uniquement. Ainsi, le MNA qui est déclaré comme

⁵⁶ Cass, Civ 1, 25 mars 2009, n° 08-14.125, RJP, 2009, n°6, 19.

⁵⁷ Loi du 29 juillet 2015, n° 2015-295, relative à la réforme du droit d'asile.

⁵⁸ Cass, Civ 1, 18 mars 2005, n° 02-16.336, Recueil Dalloz Sirey, 2005, n°31, 2125.

⁵⁹ Article 3 alinéa 1 CIDE « Dans tous les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociales, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale. »

majeur ne pourra pas avoir accès à l'ASE, il n'y aura pas d'ordonnance de placement rendu à son égard. La protection de l'enfance disparaît avec la majorité, elle va s'arrêter quand un mineur pris en charge atteint l'âge de 18 ans. Pourtant, les jeunes qui sortent du système ne sont pas laissés à l'abandon. Il existe les contrats jeunes majeurs. Ce sont des contrats passés par le département, plus particulièrement par l'ASE et un majeur entre 18 et 21 ans. Souvent le jeune majeur est issu de la protection de l'enfance. Les MNA qui ont été déclaré majeurs arrivé à l'âge de 18 ans vont pouvoir faire en sorte d'obtenir un contrat jeune majeur à leur sortie de la protection de l'enfance. Les contrats jeunes majeurs sont en réalité un dispositif d'accompagnement offert par le département pour permettre à un jeune de trouver un travail ou une formation, le département va aussi loger et subvenir aux besoins de la personne selon les articles L211-1 du CASF et L222-5 du CASF.

La question peut se poser de l'application de ce type de contrat aux MNA qui ont été déclarés comme étant majeurs. Les départements sont réticents à faire cela, par exemple le département de l'Isère n'en propose aucun aux MNA déclarés majeurs. En effet, ce dispositif nécessite normalement que la personne soit en situation régulière en France. Or, un MNA qui se trouve être majeur est une personne qui ne dispose pas de titre de séjour. De ce fait, aucun contrat jeune majeur ne leur est proposé quand l'examen de l'âge conclut à la majorité. Si le MNA est dans la procédure de mise à l'abri du département, il va en sortir immédiatement. Le jeune va se retrouver à la rue, il arrive souvent que ce dernier soit en réalité mineur, la détermination de son âge ayant abouti à un résultat erroné. Les MNA dans cette situation ne seront pas pris en charge. Ils vont devoir vivre dehors, dans la rue. Actuellement, le nouveau fichier biométrique devrait entraîner leur expulsion quasiment immédiate. Le département est désormais en lien avec la préfecture, quand un MNA est déclaré majeur il reçoit une convocation pour un premier rendez-vous à la préfecture. Ce rendez-vous devrait conduire à une OQTF, et donc à l'expulsion du MNA. En pratique, le jeune ne va pas se rendre à la préfecture pour ne pas être expulsé et il va rejoindre des associations. En Isère, il existe des associations spécialisées dans la question des MNA, telles que le secours catholique pour l'hébergement, la CIMADE pour l'accès au droit et les 3aMIE concernant l'accès à la scolarité. Ces associations sont en lien étroit afin que le MNA soit finalement déclaré mineur, qu'ils obtiennent une formation et voir même un titre de séjour. Il existe ainsi toujours une solution pour aider le MNA considéré comme étant majeur. Néanmoins, cette solution n'est plus institutionnelle mais associative. Une fois majeur, le MNA n'aura plus droit à l'aide étatique pour assurer sa protection en France.

L'exclusion des MNA déclarés majeurs va encore plus loin, de nombreux droits leur sont supprimés. Toutes les conséquences liées à la majorité vont disparaître. On note par exemple, qu'un MNA qui n'a pas d'hébergement et doit dormir dans la rue, n'a pas accès au 115. En effet, le 115 est réservé aux adultes, cependant un MNA est un mineur. Il va devoir se faire passer pour un adulte devant le 115 pour obtenir un hébergement. Certains 115, selon les départements, vont accepter de prendre en charge des MNA exclus de la protection de l'enfance puisque ces derniers ont été déclarés majeurs par le département ou l'autorité judiciaire. Dans ce cas, le 115 les considère comme des adultes.

On remarque alors que normalement un mineur doit être pris en charge par le département au sein de l'ASE. Cette protection va entraîner d'autres conséquences sur la situation du mineur comme l'accès à une scolarité ou une formation. Cependant, il arrive dans certains cas, que la protection de l'enfance soit temporairement impossible, notamment quand le MNA est placé en

zone d'attente. Cette protection peut être anéanti quand le MNA est considéré comme étant majeur. Cette restriction de l'accès à la protection de l'enfance se fait dans un souci politique. Cela est justifié quand la personne qui se prétendait mineur était réellement un adulte qui voulait profiter du système français pour obtenir un titre de séjour et rester en France aux frais de l'Etat. Mais la solution est critiquable en présence d'une erreur pour la détermination de l'âge. En effet, un majeur étranger en situation irrégulière en France n'a accès à aucun droit et les conséquences attachées à la minorité seront alors écartées. L'enfant n'aura notamment plus accès à une formation et ni à un titre de séjour.

B- L'accès à une scolarité

L'instruction est obligatoire en France depuis la loi dite « Jules Ferry » de 1882⁶⁰. Elle doit pouvoir s'appliquer à tous les enfants. Souvent les MNA n'ont pas été à l'école ou ont quitté l'école très tôt pour travailler. Cependant, le législateur a souhaité appliquer le principe de l'instruction obligatoire aux MNA. Cette instruction doit être adaptée à leur situation (1). Ces jeunes ont parfois du mal à aller à l'école alors que dans leur pays, l'instruction n'est pas la priorité des familles. Ils arrivent en France pour travailler et non pour aller à l'école. Cet élément est important et doit être pris en compte dans la scolarité de ces derniers (2).

1- L'adaptation de l'instruction obligatoire

L'instruction est une exigence de la CEDH⁶¹ et de la CIDE⁶², qui impose que tout enfant doit avoir un droit à l'éducation. La CEDH pose ce droit comme un droit fondamental. L'Etat français a aussi voulu attacher une place importante à l'instruction. Il a rendu l'éducation obligatoire de 6 ans jusqu'à l'âge de 16 ans à l'article L131-1 du Code de l'éducation⁶³. De plus, à l'article L111-1 de ce même code⁶⁴, le législateur a érigé l'instruction comme une garantie et une priorité de la nation. En effet, l'instruction permet d'assurer un niveau de vie, un emploi futur à chacun ainsi que l'alphabétisation de la société. Le Code de l'éducation ne fait aucune distinction en raison du sexe mais aussi de la nationalité de l'enfant. En effet, l'article L131-1 énonce expressément que l'instruction est obligatoire pour les enfants jusqu'à 16 ans même étrangers. La jurisprudence suit le raisonnement du législateur et des institutions internationales. Le Tribunal Administratif de Poitiers⁶⁵ a pu dire dans ce sens que la situation d'isolement empêchant l'accès à une scolarité ou une formation porte atteinte aux droits fondamentaux. Ainsi, un MNA ne doit pas être privé du droit à l'instruction du fait qu'il est isolé sur le territoire français. Tant que le MNA a moins de 16 ans, l'instruction est obligatoire pour lui aussi. Au-delà de 16 ans, l'éducation n'est plus obligatoire pour les jeunes MNA, quand ils sont pris en charge par l'ASE. La protection de l'enfance trouvera

⁶⁰ Loi du 28 mars 1882, n° 11 696, « Jules Ferry ».

⁶¹ Article 2 du protocole additionnel n°1 CEDH, « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. »

⁶² Article 28 alinéa 1 CIDE « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances ».

⁶³ Article L131-1 Code de l'éducation « L'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six et seize ans. »

⁶⁴ Article L111-1 Code de l'éducation « l'éducation est la priorité nationale (...) Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté. »

⁶⁵ TA Poitiers, 12 juillet 2018.

alors une formation adaptée, soit dans un lycée soit une formation professionnelle afin que le jeune ait un métier rapidement. Cette obligation de scolarité sans discrimination d'origine ou de nationalité est rappelée dans une circulaire du ministre de l'éducation en 2012⁶⁶. Cette circulaire vise expressément les MNA, elle énonce que le statut migratoire et le parcours antérieur d'un mineur ne doit pas être pris en compte pour l'accès à la scolarité. Les écoles ne doivent pas regarder ces éléments et accepter un MNA uniquement sur le fait que c'est un mineur présent sur le territoire français.

Il faut noter que l'accès à la scolarité se fait quand le mineur est placé au sein de l'ASE. En effet, seuls les représentants légaux ont le pouvoir d'inscrire un enfant à l'école, au titre de l'autorité parentale. A défaut, le juge des enfants peut prononcer une délégation de l'autorité parentale à l'ASE quand le mineur n'a pas de représentants légaux. Ce certificat ne sera donné par le maire que s'il est en présence des représentants légaux. Il est difficile de donner ce certificat à des personnes qui ne sont pas responsables du MNA, notamment à des associations. Pour les MNA qui sont exclus de la protection de l'enfance quand bien même ils soient mineurs, ils devront passer par des associations tels que les 3aMIE en Isère. L'accès à la scolarité dans ce cas-là est très limité. Les écoles publiques ne vont pas accepter de prendre dans leurs établissements une personne déclarée majeure et sans titre de séjour. Par l'intermédiaire des associations les MNA vont avoir accès à des écoles privés, qui vont offrir des places gratuitement aux jeunes. Il arrive aussi que les associations obtiennent des certificats de la mairie de la commune où se trouve le mineur, l'autorisant à s'inscrire dans son école. Cela est très rare en pratique. Le maire va vouloir recevoir les représentants légaux de l'enfant. De plus, le maire va pouvoir aussi contacter la préfecture pour faire expulser le MNA qui a été déclaré majeur. L'obtention du certificat est donc un risque pour les MNA et les associations. Il est plus sûr de passer par le réseau associatif pour obtenir une place dans une école. Ainsi, là encore, un MNA qui est exclu de la protection de l'enfance car il est considéré comme étant majeur va voir ses droits réduits. Un mineur qui quant à lui est pris en charge par le département sera immédiatement orienté pour une scolarité. Il existe ainsi, une discrimination dans la scolarité entre les MNA qui ont été admis à l'ASE et ceux qui en sont exclus.

L'instruction a dû être adaptée pour être applicable à des mineurs étrangers. Les MNA ne parlent pas forcément la langue française quand ils arrivent en France. Une circulaire du 20 mars 2002⁶⁷ pose la nécessité d'une évaluation des connaissances du mineur dès son arrivée, donc dès qu'il est pris en charge. Cette évaluation doit permettre de connaître le niveau de maîtrise de la langue française, connaissance en lecture, écriture, mathématique et le niveau scolaire de l'enfant en général. Cette circulaire prend en compte le fait que le MNA peut n'être jamais allé à l'école, qu'il a un niveau scolaire très bas ou que le mineur a dû abandonner l'école pour aller travailler. Ainsi, il faut évaluer les connaissances générales de l'enfant pour pouvoir le placer dans un établissement et une classe qui lui correspond. Cette évaluation va se faire par les services du CASNAV, depuis la circulaire du 2 octobre 2012 qui précise les missions de cette institution. Ce centre spécifique existe dans toutes les académies. Il va chercher les savoir-faires dans la langue d'origine pour trouver des points d'appui pédagogique et orienter le mineur vers une scolarité qui lui est la plus adaptée. Une seconde évaluation va avoir lieu. Elle n'a pas pour but de connaître les connaissances du MNA mais plutôt ses envies et l'orientation possible. L'évaluation d'orientation

⁶⁶ Circulaire du 2 octobre 2012, n°2012-141, relative à l'éducation des allophones.

⁶⁷ Circulaire du 20 mars 2002, n° 2002-063.

scolaire va pouvoir se faire devant le CASNAV ou alors devant un centre d'orientation et d'insertion, cela va dépendre du niveau de maîtrise de la langue française du MNA. S'il ne parle pas français ou très mal, l'évaluation va se dérouler devant le CASNAV, mais s'il a une bonne maîtrise du français, elle aura lieu devant le centre d'orientation et d'insertion.

Suite à ces évaluations, l'enfant va être orienté vers une scolarité de droit commun ou alors spécifique à sa qualité de primo-arrivant. L'objectif principal des organismes et de l'éducation nationale est d'arriver à une scolarité de droit commun pour tous les MNA. Pour cela, il faut d'abord passer par des encadrements particuliers afin d'atteindre un niveau scolaire et de français suffisants. Pour cela, ont été créés des classes allophones appelées les Unités pédagogiques pour les élèves étrangers arrivants (ci-après Upe2a). Ces classes spécifiques existent dès le niveau CP. Des enseignants particuliers vont intervenir pendant le temps scolaire dans ces classes ou unités. Ils vont apprendre la langue française aux enfants mais surtout donner les connaissances nécessaires pour atteindre le niveau de l'école. Ces classes et unités ont pour mission centrale de pallier les connaissances qui n'ont pas été acquises dans le pays d'origine. Une fois que les enfants ont le savoir nécessaire, ils peuvent intégrer la classe adaptée à leur âge nonobstant la difficulté à parler la langue française. L'apprentissage du français va avoir lieu tout au long de la scolarité.

Cette procédure n'est pas spécifique aux MNA. Elle existe pour tous les primo-arrivants mineurs, peu importe que ses représentants légaux se trouvent sur le territoire français ou dans un autre pays. Il y a sur ce point une égalité entre tous les enfants étrangers. On ne distingue pas selon la situation de vulnérabilité du MNA. Cela permet donc une protection accrue des MNA via le système scolaire. Il faut encore rappeler que le système du CASNAV et des classes allophones ne va exister que pour des MNA qui sont pris en charge par l'ASE et déclarés mineurs. Les associations n'auront pas la possibilité de faire appel de cette procédure. Les enfants admis dans des écoles privées grâce à une association seront dans le système de droit commun sans avoir accès au dispositif particulier pour les allophones, même s'ils ne parlent pas français ou très mal. La scolarisation n'est pourtant pas la seule option possible face à l'obligation d'instruction des MNA.

2- L'importance d'une formation

L'inscription dans une école primaire, collège ou lycée est assez rare pour les MNA. Ces derniers ont souvent plus de 16 ans quand ils arrivent en France. A cet âge-là, l'instruction n'est donc plus obligatoire. Néanmoins, il est toujours favorable d'avoir accès à l'éducation et à des formations pour que ces mineurs aient plus tard les connaissances nécessaires pour exercer un métier en France et même obtenir un titre de séjour. Le droit à l'éducation protégé par les institutions internationales n'a pas de limite d'âge, la seule limite est celle de la CIDE qui ne s'applique que pour les personnes de moins de 18 ans et donc seulement pour les mineurs. Ainsi, un MNA de 16 ans qui arrive sur le territoire français doit avoir accès à l'instruction. Le code de l'éducation⁶⁸ énonce expressément que tout mineur de plus de 16 ans qui n'a pas de niveau de formation suffisant, doit pouvoir atteindre ce niveau. La protection de l'enfance va souvent offrir une formation à ces jeunes. La procédure d'évaluation par le CASNAV va avoir lieu pour connaître les attentes et l'orientation la plus favorable au MNA. Pourtant, l'orientation vers un enseignement

⁶⁸ Article L122-2 alinéa 1 code de l'éducation « Tout élève qui, à l'issue de la scolarité obligatoire, n'a pas atteint un niveau de formation sanctionné par un diplôme national ou un titre professionnel enregistré et classé au niveau V du répertoire national de certifications professionnelles doit pouvoir poursuivre des études afin d'acquies ce diplôme ou ce titre. »

scolaire est très rare. Il arrive cependant, que certains MNA se retrouvent dans un lycée afin de passer le baccalauréat. Pour d'autres jeunes, la formation est une option intéressante. Mais dans ce cas, il se peut que le MNA n'ait pas le niveau scolaire pour accéder à ces enseignements qui nécessitent normalement que le mineur ait fini le collège. Pour pallier cela, le CASNAV a mis en place des classes préparatoires aux CAP. Ces classes ont un but de lutter contre le décrochage scolaire, elles évitent aux MNA de devoir impérativement intégrer un collège afin d'obtenir leur brevet et ensuite intégrer un CAP. Cela concerne des MNA de 14 ou 15 ans qui n'ont pas été à l'école dans leur pays d'origine et qu'ils veulent travailler en France. Cependant, les mineurs de moins de 16 ans ne peuvent pas occuper un emploi conformément aux règles de droit du travail des enfants⁶⁹. Ces enseignements préparatoires permettent ainsi un enseignement adapté aux MNA, pour l'acquisition des connaissances nécessaires afin d'accéder à un CAP.

La plupart du temps, après l'âge de 16 ans, une formation professionnelle est plus pertinente. Une partie des MNA est envoyée dans notre pays par leurs familles pour avoir un travail et envoyer de l'argent dans leur pays d'origine. De ce fait, beaucoup de MNA ont pour objectif de travailler et non pas de suivre une instruction scolaire. Il faut aussi remarquer que la formation scolaire est importante pour régulariser plus tard la situation des MNA, elle permet par la suite de continuer sur un contrat jeune majeur quand la formation n'est pas terminée, par exemple. Ce contrat pourra permettre aussi l'accès à un titre de séjour salarié ou travailleur temporaire, ou encore un titre de séjour étudiant. Enfin, la formation est un avantage car étant un enseignement scolaire, le mineur pourra apprendre un travail sans avoir à obtenir une autorisation de travail. Cependant, cela n'est pas toujours le cas, le MNA qui veut suivre un apprentissage devra obtenir une autorisation de travail même s'il est mineur. L'autorisation de travail concerne les contrats d'apprentissage et les contrats de professionnalisation, qui vont exister dans certaines formations selon le type d'enseignement choisi. En effet, dans ces deux types de contrat, le mineur va signer un véritable contrat de travail avec un employeur pour son apprentissage et non suivre un simple enseignement scolaire qui comporterait des stages. Le MNA est alors soumis au droit du travail applicable aux personnes étrangères. Il est soumis au statut des adultes étrangers. L'autorisation de travail doit être demandée à la DIRECCTE. Cependant, la minorité du MNA va là encore être un avantage pour lui, dans ce type de situation. Du fait de sa minorité, l'autorisation de travail n'est pas subordonnée à l'acquisition d'un titre de séjour. Un mineur ne peut pas être expulsé, il n'a donc pas besoin d'un titre de séjour, de facto, un tel titre ne peut pas être exigé pour accomplir des formalités et avoir accès à des services publics en France, comme une formation. La déclaration de minorité qui fait suite à la détermination de l'âge est donc un avantage pour le MNA pour décrocher une formation professionnalisante. Cela est accentué par l'obtention de plein droit de l'autorisation de travail quand le MNA est pris en charge par l'ASE. En effet, pour conclure un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, le mineur devra seulement faire une demande à la DIRECCTE pour une autorisation de travail, celle-ci ne pourra pas lui être refusée en raison de son placement au sein de la protection de l'enfance. Il existe là aussi une discrimination entre les MNA qui ont été pris en charge par l'ASE et ceux qui en sont exclus. L'accès à un contrat de travail au titre d'une formation est alors soumis à la nécessité d'être mineur.

⁶⁹ Article L4153 code du travail « il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans. »

La détermination de l'âge est une étape importante, elle a des conséquences sur la facilité d'obtention d'une autorisation de travail mais aussi l'accès à l'éducation dans sa globalité. Les MNA qui ne sont pas pris en charge par la protection de l'enfance auront la possibilité d'intégrer une formation ou un établissement scolaire. Cependant, cela est plus difficile car le jeune est vu comme une personne majeure par le département. Il pourrait signer alors lui-même les documents nécessaires pour entrer dans une école mais les directeurs de ces établissements sont réticents à accepter une personne sans documents d'identité et titre de séjour, et déclarée majeure par le département. S'il décide de se présenter comme un mineur, le MNA sera bloqué par la nécessité de représentants légaux pour l'inscription dans un établissement scolaire. Les associations tentent de pallier cette difficulté, mais cela est compliqué à mettre en œuvre. La procédure de détermination de l'âge constitue une limite à l'instruction et donc à la protection des MNA.

La minorité d'un MNA a des conséquences civiles qui sont centrées sur l'accès à la protection de l'enfance par l'entrée dans les services de l'ASE et l'accès à une scolarité. Ces deux prises en charge doivent être adaptées pour englober convenablement la situation particulière des MNA, et notamment leur parcours migratoire. Mais ces conséquences sont très encadrées. La limite principale reste la nécessité d'une détermination de l'âge au profit de la minorité de la personne. Quand cette dernière est déclarée majeure alors qu'elle est mineure, elle va perdre de nombreux droits civiques importants pour protéger les enfants. Ces MNA vont se retrouver souvent seuls, dans la rue sans but et vont alors se tourner vers la délinquance. Certains pourront rejoindre des associations, afin d'obtenir un minimum d'aide pour l'hébergement et si possible trouver une formation. Mais le milieu associatif n'a pas les mêmes moyens que le département et ne peut pas protéger un MNA comme il doit être protégé au regard des engagements internationaux et de la vulnérabilité des mineurs isolés. Ce problème existe aussi du fait que le MNA est un mineur étranger isolé sur le territoire français. Sa déclaration de minorité va entraîner des conséquences favorables sur sa situation, ce qui ne serait pas le cas s'il était majeur étranger en situation irrégulière.

Paragraphe II : L'importance de la minorité sur le droit des étrangers

Le droit des étrangers français mais aussi européen est marqué par une lutte importante face à l'immigration. Depuis le début des années 2000, l'Etat français jongle entre une politique d'intégration et d'exclusion des immigrés. Les années 2010 ont marqué le début de la lutte contre l'immigration que ce soit par le gouvernement et le législateur mais aussi dans l'opinion publique. Ce mouvement coïncide avec l'arrivée massive des MNA en France. Il est difficile de savoir si les MNA doivent être d'abord considérés comme des enfants ou comme des étrangers. Pendant longtemps, le législateur et le gouvernement ont voulu faire primer la qualité d'enfant des MNA en mettant en avant la protection de l'enfance et les droits civiques de ces mineurs. Depuis quelques années et notamment la loi du 10 septembre 2018⁷⁰, le droit des étrangers semble prendre le pas sur la minorité des MNA. Ce droit particulier vient finalement limiter la protection de ces derniers qui devrait normalement être une priorité. Le droit des étrangers n'oublie pas qu'un MNA est un mineur et qu'il doit être protégé (A), mais cela n'est pas toujours respecté dans la pratique (B).

A- L'impossibilité d'expulser des mineurs étrangers

La minorité est un avantage important en droit des étrangers. En effet, actuellement beaucoup d'étrangers présents en France sont en situation irrégulière. Cela signifie qu'ils n'ont pas de titre de séjour ou de visa pour rester sur le territoire français. Le gouvernement veut lutter contre ces étrangers et les expulser du territoire français. Ainsi, tout étranger en situation irrégulière sera confronté à une OQTF et il devra quitter le territoire. S'il ne quitte pas la France dans le délai qui lui est imparti, l'adulte étranger pourra être arrêté par la police administrative et être placé dans un centre de rétention en attendant son expulsion.

Cette obligation de quitter le territoire en l'absence de document autorisant le séjour en France d'un étranger ne touche pas les mineurs. Ces derniers ne peuvent pas être expulsés. Cela résulte de l'article L311-1 CESEDA qui énonce que « *tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois doit être titulaire d'un titre de séjour.* ». Cet article montre bien la nécessité d'un titre de séjour pour toutes les personnes qui sont majeures. Ainsi, par une lecture à contrario de cet article, il est possible de comprendre que toute personne étrangère de moins de 18 ans n'a pas besoin d'un titre de séjour. De ce fait, tout mineur présent sur le territoire français ne doit pas être titulaire d'un titre de séjour. Si une personne étrangère ne doit pas disposer d'un titre de séjour pour rester sur le sol français, cela signifie qu'elle ne peut pas être expulsée. En effet, l'expulsion existe quand un individu est présent dans un pays qui n'est pas son Etat d'origine, sans avoir une autorisation pour rester dans ce pays. Les mineurs n'ont pas besoin de cette autorisation. Le texte portant l'obligation de titre de séjour et la possibilité d'expulsion seulement aux majeurs, ne distingue donc pas entre les mineurs accompagnés de leurs représentants légaux et les MNA. Peu importe la situation du mineur, ce dernier a le droit de séjourner en France sans autorisation. Il existe ainsi une égalité de tous les mineurs face à l'impossibilité d'expulsion. Cette solution est plus délicate pour les mineurs accompagnés dont les parents peuvent se faire expulser. Dans la plupart des cas, un enfant va suivre ses parents dans leur parcours migratoire, il arrive parfois que le mineur voyage seul ou qu'il soit séparé de ses parents, il devient alors un MNA.

⁷⁰ Loi du 10 septembre 2018, n° 2018-778, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

Cette dernière hypothèse est très rare, il faudrait que l'enfant ne soit pas connu des services de la préfecture et de la PAF.

L'impossibilité d'expulsion des mineurs et donc des MNA est liée à la vulnérabilité des mineurs. Ces enfants sont vulnérables du fait que leur développement n'est pas terminé, ils ne disposent pas de la capacité juridique et ne sont donc pas en capacité de se protéger par eux-mêmes. Ainsi, les mineurs doivent toujours être protégés peu importe qu'ils soient de nationalité française ou étrangère. Cette protection sans distinction issue notamment de la CIDE ne doit pas s'appliquer uniquement à la protection de l'enfance. La protection des mineurs doit exister dans tous les domaines du droit ayant un lien avec les enfants. La situation irrégulière est une situation qui touche beaucoup de mineurs et notamment de nombreux MNA. L'impossibilité de les expulser en raison de l'absence d'un titre de séjour, constitue une forme de protection des mineurs. Un MNA qui a trouvé un hébergement, une scolarité et une situation stable en France ne devrait pas être forcé à quitter la France. Son pays n'offre pas forcément une meilleure protection pour les enfants et il n'est pas possible de connaître les conditions de vie que ce mineur aurait à l'étranger. Il serait alors dans une situation de danger. Par conséquent l'impossibilité d'expulsion offre une protection minimale mais satisfaisante pour les MNA. C'est un élément de sécurité.

Pourtant, cela reste encore conditionné à la détermination de la minorité. En effet, seul le mineur ne peut pas être expulsé. Quand un doute sur l'âge va exister face à un mineur, son âge sera déterminé. Dans le cas de l'expulsion, l'examen de l'âge pourra intervenir devant la préfecture ou le département. Mais cette procédure est là encore un élément central, et sa marge d'erreur pourra porter préjudice à un mineur déclaré majeur, peu importe la méthode utilisée. Si la détermination de l'âge se fait par la préfecture, à l'aide d'une décision judiciaire, et qu'elle désigne le MNA comme étant majeur, cela pourrait entraîner son expulsion systématique par la remise immédiate d'un OQTF. Ainsi, même si l'impossibilité d'expulsion est une protection importante des MNA, la procédure préalable de détermination de l'âge constitue encore une fois une limite. La protection n'est donc pas efficace alors qu'elle devrait s'appliquer à tout mineur, le doute doit profiter à cette impossibilité d'expulsion. Un MNA ne doit pas pouvoir être expulsé avant que la majorité soit prononcée.

Certains MNA vont avoir accès à une protection plus accrue, avec la possibilité d'obtenir la nationalité française avant leur majorité ou à leur majorité, afin de pouvoir rester en France par la suite et ne pas être expulsé. L'article 21-12 du Code Civil⁷¹ permet la possibilité pour un enfant d'acquérir la nationalité française. Il faut que ce mineur ait été recueilli par décision de justice par une personne française ou les services de l'ASE. La nationalité sera acquise par la suite après un délai de 3 ans passé avec cette personne française ou au sein de l'ASE. Cette condition de durée permet une limite à l'acquisition de la nationalité française, tous les MNA ne pourront pas y prétendre. Il faut que celui-ci ait passé 3 ans avant sa majorité à l'ASE. Cela signifie qu'il doit avoir été pris en charge avant l'âge de 15 ans. Il faut rappeler que la plupart des MNA arrivent en France après l'âge de 16 ans. De ce fait, cet article ne va toucher qu'une infime partie de cette population. De plus, l'accueil au sein de l'ASE doit être continu pendant les 3 ans. Quand des MNA fugues ou

⁷¹ Article 21-12 alinéa 3 1° c.civ « Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française : l'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance. »

décident de partir et sont recueillis par un autre département plusieurs mois après, la prise en charge n'est plus effective. Le mineur n'aura pas accès à l'acquisition de la nationalité française.

Cette possibilité est un avantage pour les MNA qui sont arrivés avant leurs 15 ans, en France. A la majorité, ils pourront demander la nationalité française ainsi que toutes les conséquences qui en découlent. En effet, normalement à sa majorité, le mineur va devoir demander un titre de séjour ou obtenir l'asile pour pouvoir rester en France, à défaut il pourra être expulsé. Il arrive souvent que des MNA devenus majeurs après une prise en charge n'obtiennent pas de titre de séjour et se voient opposer une OQTF alors qu'ils ont construit une vie dans ce pays, certains vont être expulsés alors qu'ils sont en train de passer un diplôme comme le baccalauréat. De ce fait, l'acquisition de la nationalité à l'âge de 18 ans permet d'assurer une protection pendant le début de la majorité. Les départements pourront aussi proposer des contrats jeunes majeurs aux MNA qui bénéficient de l'article 21-12. Il est donc possible de considérer cette acquisition de la nationalité comme un avantage important de la protection de l'enfance et donc de la minorité du MNA. Rappelons néanmoins que ce bénéfice n'existe que pour les MNA qui ont moins de 15 ans quand ils arrivent en France ou lors de leur prise en charge au sein de l'ASE. Les MNA de 16 ans ou plus n'auront pas cette possibilité et devront tenter d'obtenir un titre de séjour ou le droit d'asile. Cela montre encore l'existence d'une discrimination entre les MNA selon l'âge qu'ils ont à leur arrivée en France. Cette discrimination est une limite importante de la protection offerte aux MNA.

Le droit des étrangers offre une protection importante pour les MNA puisque comme tous mineurs étrangers ils ne peuvent pas être expulsés et pourront obtenir la nationalité française à leur majorité s'ils remplissent les conditions. Pourtant la protection du droit des étrangers ne va pas toujours jouer. Dans certains cas, l'impossibilité d'expulsion ne va pas suffire à défendre le MNA contre les politiques d'immigration et de maintenir un niveau de protection conforme aux engagements internationaux.

B- Une minorité parfois insuffisante face à la lutte contre l'immigration

Le MNA ne peut pas être expulsé en raison de sa minorité qui le rend plus vulnérable que les adultes étrangers. Cependant dans certains cas, cette impossibilité d'expulsion n'est pas effective. Cela peut intervenir à plusieurs occasions, quand le MNA n'a pas été détecté par les autorités publiques, qu'il a été reconnu comme majeur par ces dernières ou encore quand il vient d'arriver sur le sol français. Le MNA peut se voir opposer une mesure de rétention qui a pour but d'expulser ce dernier (1). A côté de cela, certains MNA ne sont pas pris en charge et leur protection est mise en suspend le temps d'élaborer un projet pour ces derniers (2).

1- La rétention administrative des mineurs non accompagnés

Dans un premier temps, il arrive qu'un MNA se retrouve placé dans une zone de rétention. Cette zone correspond à un centre de rétention administrative pour les étrangers dans l'attente de leur expulsion. Ces espaces ont été créés pour des adultes et non des mineurs. Quand ils sont interpellés par la police administrative, les majeurs en situation irrégulière, ayant reçu un OQTF, seront placés en zone de rétention en attendant leur expulsion. Il est surprenant qu'un MNA puisse se voir opposer une mesure de rétention, celle-ci supprime la liberté d'aller et venir protégée par la

CEDH⁷². De plus, la zone de rétention vise à expulser des individus, alors qu'un mineur ne devrait pas pouvoir être expulsé. Cette impossibilité permet une régularité de la situation du MNA tant qu'il est mineur, ainsi il ne devrait pas se voir opposer une mesure restrictive comme le placement en zone de rétention. Cependant, l'expulsion des MNA existe en France. Les autorités publiques vont souvent se servir d'une déclaration de majorité du département pour justifier l'expulsion. Il se peut aussi que le mineur n'ait pas été détecté auparavant et n'a pas dit aux autorités qu'il est mineur. La police administrative ne va pas systématiquement faire un contrôle de l'âge pour vérifier la possibilité ou non d'expulser. Les directives internes, liées à la politique nationale, sont en faveur de l'expulsion sans contrôle. Cela s'explique par l'arrivée massive des migrants ainsi que l'impossibilité de prendre en charge tous les MNA au titre de la protection de l'enfance. Cette facilité d'expulsion résulte du mouvement actuel visant à voir le MNA comme un étranger avant d'être un mineur. Cette vision existe depuis l'arrivée des MNA et vient s'opposer à celle faisant primer la minorité sur la qualité d'étranger. Cette seconde vision est celle qui a été prédominante afin de protéger les mineurs. Pourtant, elle semble remise en cause ponctuellement et tend à s'accroître dans les prochaines années. Le placement en zone de rétention d'un MNA est un exemple de ce mouvement.

La CEDH précise alors que le placement dans une zone administrative spécifiques aux étrangers a un impact néfaste pour les mineurs. La CEDH⁷³ a expressément condamné le placement d'un MNA dans une zone de rétention. Selon cette institution, cela constitue un traitement inhumain et dégradant prohibé par l'article 3⁷⁴ et l'article 5§1⁷⁵ de la CESDH. Pour cette juridiction, le maintien dans un centre fermé pour adulte est inadapté à l'accueil d'un enfant. Elle va plus loin quand le mineur est avec sa famille. Dans ce cas, quand l'enfant est dans un centre de rétention avec ses parents, il y a une violation de l'article 8 et donc du droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi la CEDH se montre très hostile au placement en centre de rétention d'un mineur qu'il soit ou non un MNA, en raison des violations importantes de la convention. Pourtant, l'arrêt en question concernait un mineur accompagné de ses parents, ainsi l'Etat français a décidé que ces violations ne s'appliquaient pas aux MNA. Ces derniers pouvaient être placés dans une zone de rétention contrairement aux autres mineurs. Ainsi, plusieurs MNA se trouvent dans des centres de rétention en France, alors même que cela nuit à leur vulnérabilité particulière. Cette possibilité de placement reconnu par les autorités françaises est aussi contraire à l'impossibilité d'expulser. Ainsi, on remarque que dans ce cas précis, l'isolement constitue une limite à la protection attachée à la minorité. Au contraire, l'isolement devrait être une cause aggravante de vulnérabilité, pourtant elle entraîne finalement la situation inverse.

Dans le même temps, quand un MNA arrive illégalement sur le territoire français la PAF pourra l'arrêter et le placer en zone d'attente. Cette zone est une fiction juridique qui permet de dire que cet espace ne constitue pas une partie du territoire français. Un MNA placé dans cet espace pourra se voir refuser l'entrée sur le sol français et donc il pourrait se faire expulser. Il est possible d'assimiler la zone d'attente à la zone de rétention, ce sont deux espaces permettant un contrôle de

⁷² Article 2 CEDH, protocole n°4 « Quiconque qui se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. »

⁷³ CESDH, 19 janvier 2010, Muskhazhieyeva et a c/ Belgique, req n°41442/07, JDJ 2010. 51, comm. Cogulet ; et CESDH, 19 janvier 2012, Popov c/ France, req n°39472/07 et 39474/07.

⁷⁴ Article 3 CEDH « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants. »

⁷⁵ Article 5§1 CEDH « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales. »

la régularité du séjour d'un étranger présent sur le sol français. Ces zones existent aussi pour faciliter l'expulsion des étrangers du territoire français. Il est possible d'appliquer la jurisprudence européenne à la situation de ces mineurs dans une zone d'attente. Là encore, la jurisprudence n'est pas respectée, la violation de la CESDH n'est pas prise en compte. Le raisonnement visant à contourner les décisions de la CEDH n'est pas le même concernant ces deux espaces. Pour la zone de rétention, la France fonde sa logique sur la différence entre les MNA et les mineurs accompagnés de leurs représentants légaux. Ici, le législateur français précise que la zone d'attente n'est pas réellement sur le territoire, elle sort du système juridique français et devient finalement une zone de non droit. De ce fait, les droits applicables aux mineurs en France n'ont pas à s'appliquer en zone d'attente. Cet espace étant situé dans une zone internationale et non sur le territoire français, le droit de ce pays n'a pas à s'appliquer. Le MNA ne peut donc pas bénéficier de la protection de l'enfance et des droits attachés à la minorité. La France n'a pas à respecter la CIDE et la CEDH dans ces espaces. Ce raisonnement peut se comprendre mais ne doit pas être approuvé. Une zone de non droit ne devrait pas exister pour des mineurs. Peu importe, où ils se trouvent leur intérêt supérieur devrait toujours primer. Seuls deux Etats dans le monde n'applique pas la CIDE, ainsi une zone proche de la France, même si elle est de non droit, devrait prendre des décisions en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit des étrangers et l'objectif de lutte contre l'immigration ne peut pas justifier la suppression de tous les droits pour des mineurs. La vulnérabilité extrême des MNA doit primer sur certains objectifs et intérêts de la nation. Pourtant, la zone d'attente ne permet pas de protéger le mineur et ignore la vulnérabilité des MNA en refusant le bénéfice de la protection de l'enfance et l'impossibilité d'expulser.

Là encore, la condition d'étranger du MNA vient primer sur la condition de minorité. L'expulsion est alors possible et supprime la protection du mineur tant qu'il est en zone d'attente. Le MNA n'est plus considéré comme une personne vulnérable et se voit appliquer le droit commun. La minorité ne suffit plus à pallier la situation irrégulière et éviter l'expulsion. La minorité peut aussi être mise en suspend quand le MNA ne souhaite pas être pris en charge et veut continuer son parcours migratoire.

2- Le recueil des mineurs non accompagnés par les CAOMIE

Des traitements inhumains et dégradants, prohibés par l'article 3 de la CESDH, ont été imputés à la France récemment. Dans un arrêt du 28 février 2019⁷⁶, la France a été condamnée pour les conditions de vie de MNA dans les camps de réfugié et notamment l'ancien camp de Calais, qui était un bidonville, la Lande de Calais du Nord. La CEDH met en avant que la vulnérabilité extrême des enfants et notamment des MNA doit primer sur l'irrégularité du séjour et la qualité d'étranger. La notion de vulnérabilité extrême des MNA a été posée antérieurement par la CEDH⁷⁷ pour montrer la protection particulière qui doit leur être attachée. Cette vulnérabilité extrême résulte selon la CEDH d'une double vulnérabilité découlant de la minorité et de l'isolement de l'individu.

⁷⁶ CEDH, 28 février 2019, Khan contre France, requête n°12267/16.

⁷⁷ CEDH, 5 avril 2011, Rahimi contre Grèce, requête 8687/08.

Pour pallier l'absence de protection des MNA pendant et au démantèlement des camps de réfugiés, ont été créés des CAOMIE par une circulaire de 2016⁷⁸. Cette création fait suite au démantèlement du camp de la lande de Calais, qui a laissé de nombreux MNA errants, sans hébergement et sans placement au sein de l'ASE, souvent inconnus des autorités publiques. Ces centres ont pour objectifs de prendre en charge des MNA qui ne souhaitent pas être considérés comme des mineurs et rentrer dans le système de protection de l'enfance. Le mineur pourra être pris en charge pendant 3 mois au sein d'un CAOMIE. Il n'y a pas besoin d'ordonnance de placement provisoire pour qu'un MNA ait accès au CAOMIE. Ce dispositif est extérieur à la protection du département. Il permet de mettre en suspens la situation du mineur en France pendant 3 mois pour établir l'orientation et les objectifs du MNA pour la suite de son parcours. En effet, pendant ce délai, le MNA va être aidé par les travailleurs du centre pour savoir ce qu'il souhaite faire. S'il souhaite rester en France, il pourra obtenir une aide pour obtenir une demande d'asile, ses documents d'identité ou encore pour effectuer les démarches concernant les titres de séjour. Souvent, les MNA présents dans les CAOMIE sont des enfants qui ne veulent pas rester en France, ils souhaitent atteindre l'Angleterre, qui est généralement vu comme l'objectif final du parcours migratoire des étrangers.

Les CAOMIE ont aussi pour objectif d'aider les MNA à aller en Angleterre pour cela, ils s'inspirent des DUBS anglais. Ces DUBS regroupent des catégories et des conditions à l'accès au territoire anglais imposées par le Royaume-Uni. Contrairement à la France, le Royaume-Uni accepte de recevoir des MNA selon certaines conditions. Quand ces dernières sont remplies, la prise en charge est immédiatement effective dans le pays. Ainsi, le Royaume-Uni a permis l'accès à une protection et une entrée sur le sol anglais à trois catégories de mineurs. Tout d'abord, cela concerne les mineurs de plus de 12 ans orientés par une autorité française en cas de risque d'exploitation sexuelle, puis les mineurs de plus de 15 ans de nationalité syrienne ou soudanaise et enfin les jeunes majeurs isolés accompagnés de leurs frères et sœurs qui répondent à l'une des deux premières catégories. Un MNA qui appartient à l'une des trois catégories doit aussi répondre à trois conditions. Le mineur doit être arrivé en Europe, peu importe le pays, avant le 20 mars 2016, et avoir été présent dans le camp de la lande de Calais avant le 24 octobre 2016, soit avant le démantèlement du camp. Si les conditions sont réunies, le MNA pourra rejoindre le Royaume-Uni. Les CAOMIE identifient les MNA respectant les catégories et les conditions pendant le délai de 3 mois afin d'orienter au mieux ses jeunes. Le Royaume-Uni offre alors une protection conditionnée. Un MNA peut savoir à l'avance s'il pourra entrer dans ce système. Cela n'est pas le cas en France, la protection est conditionnée à la procédure de détermination de l'âge préalable. Elle devrait être offerte à tous mais cela n'est pas vrai en pratique et ne permet pas d'assurer une sécurité optimale des MNA.

Les CAOMIE constituent une protection parallèle à la protection de l'enfance. Ces deux dispositifs sont distincts et ne répondent pas aux mêmes problématiques. Les centres sont prévus pour des MNA qui ont été présents dans des camps et qui ne sont pas venus en France dans le but de rentrer dans la protection de l'enfance. Les CAOMIE ont été créés pour pallier l'absence de protection dans les camps et notamment au démantèlement de ces derniers. Cependant, aucun placement du MNA au sein de l'ASE n'est fait pendant la durée de la prise en charge par les

⁷⁸ Circulaire du Garde des Sceaux du 1^{er} novembre 2016, relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais.

CAOMIE. Ainsi, il n'est pas possible de connaître la protection des MNA dans ces centres. Il n'y a pas forcément d'hébergement, aucune scolarité. Il y a simplement une aide aux formalités pour l'orientation future du MNA. La protection est suspendue pendant maximum 3 mois. La vulnérabilité des MNA est prise en compte mais elle n'est pas réellement encadrée et protégée. Il est donc possible de comprendre la jurisprudence récente de la CEDH. Les CAOMIE ne suffisent pas à pallier l'extrême vulnérabilité, aucune véritable condition de vie n'est offerte au MNA qui va continuer à errer. Cela constitue les traitements inhumains et dégradants qui ne respectent pas les exigences de la CEDH et l'intérêt supérieur de ces enfants. Les CAOMIE protègent cependant de l'expulsion des MNA. Les CAOMIE sont ouverts seulement aux mineurs, ainsi ceux qui fréquentent ces centres sont soumis à l'impossibilité d'expulsion. Ces centres vont pouvoir intervenir pour éviter le placement dans un centre de rétention. Les CAOMIE restent un avantage pour certains MNA qui ne veulent pas rester en France mais qui ont besoin de temps pour partir en Angleterre. Une protection existe pour les MNA qui ne sont pas détectés par les autorités publiques. Cependant cette protection n'est pas optimale et reste subsidiaire.

L'impossibilité d'expulsion doit être le principe concernant tous les MNA, cela en raison de l'extrême vulnérabilité liée à la condition d'isolement combinée à la minorité de ces individus. Cette impossibilité d'expulsion est une protection satisfaisante, en théorie. Plusieurs limitations viennent interférer dans le dispositif. Finalement, le droit des étrangers fait primer à plusieurs reprises la lutte contre l'immigration afin de pouvoir expulser des MNA. Il ne s'agit pas forcément de présenter ces derniers comme étant majeurs après une détermination de l'âge mais de mettre en avant la condition d'étranger et d'isolement pour éviter de les considérer comme des mineurs. Cela nuit à la protection qui doit être attachée à la qualité de mineur.

Par conséquent, la protection qui doit être offerte à tout mineur est mise à mal par le principe même de détermination de l'âge. La minorité doit offrir des conséquences avantageuses à un MNA afin qu'il soit vu comme tout enfant, sans considération de sa qualité d'étranger et de la régularité de son séjour. Pourtant, de nombreux obstacles se sont imposés peu à peu pour limiter cette protection. Le droit des étrangers vient se confronter au droit civil et surtout à la protection de l'enfance. Il tend de plus en plus à considérer les MNA comme des étrangers et non plus comme des enfants. Le droit civil portait déjà des atteintes par la procédure de détermination de l'âge. Cette procédure est très critiquable par les conséquences importantes qu'elle va avoir sur la vie future du MNA mais aussi par les techniques employées. Les méthodes de détermination de l'âge ne sont pas efficaces et ne permettent pas de respecter les droits fondamentaux des MNA dans leur ensemble. Il est important de comprendre que la procédure de détermination de l'âge doit être réformée. Il faut trouver de nouvelles méthodes moins attentatoires et plus fiables pour éviter les erreurs ou des résultats approximatifs. Beaucoup de mineurs sont déclarés majeurs et ne pourront pas bénéficier de la protection de l'enfance, d'une scolarité et devront se procurer un titre de séjour pour rester sur le territoire. La détermination de l'âge est le point essentiel pour connaître les éléments qui vont intervenir dans la vie du MNA. Pour cela, il faut encore que le mineur soit connu des autorités publiques, s'il est inconnu, aucune protection ne peut lui être apportée. Mais même quand cette protection existe elle reste limitée.

Quand un MNA est déclaré mineur suite à la procédure de détermination de l'âge, il va être placé au sein de la protection de l'enfance. Cela est la conséquence principale de la minorité et de la situation d'isolement. Cette protection de l'enfance doit être nécessairement adaptée. La situation

des mineurs en danger, français, n'est pas la même que celle des MNA. Ainsi, la protection de l'enfance a été modifiée. Il faut cependant noter que celle-ci ne suffit pas à comprendre dans son ensemble la complexité de la situation des MNA.

CHAPITRE II : Une amélioration nécessaire de la protection des mineurs non accompagnés

Tout mineur en danger a droit à une protection effective de sa personne. Cette protection est une prérogative du département au titre de la protection de l'enfance. Cette compétence doit s'appliquer sans distinction de l'origine, du sexe, de la couleur de peau ou de la langue parlée par le mineur. Ainsi les MNA doivent être pris en charge par l'ASE. Leur situation de danger résulte de deux facteurs, ces jeunes sont des mineurs mais plus particulièrement des mineurs qui sont isolés en France. L'isolement est un danger important, ils n'ont pas de représentants légaux, de parents pour s'occuper d'eux et les protéger. La minorité est confirmée avant la prise en charge par une procédure de détermination de l'âge. Cette dernière est une condition pour accéder à la protection de l'enfance quand le MNA est plutôt âgé, qu'il a plus de 15 ans, et qu'un doute peut se poser concernant sa qualité de mineur.

Un mineur français qui est en danger ou en situation de danger va rentrer dans le processus de protection de l'enfance. De nombreuses mesures pourront être prises pour l'aider ainsi que ses parents à avoir une vie de famille convenable aux yeux de la société. Les mesures sont graduées et de plus en plus coercitives selon la gravité de la situation. Cependant, un MNA ne peut pas faire l'objet de tous les dispositifs existants du fait que ses parents ne sont pas présents en France pour collaborer et résoudre la situation de danger. Le MNA ne sera pas protégé de la même manière qu'un mineur français. Le contexte de l'accès à l'ASE n'est pas le même entre les MNA et les enfants français. De ce fait, la protection de l'enfance a dû s'adapter pour prendre en charge ces mineurs étrangers afin de comprendre les besoins particuliers attachés à leur situation et leurs objectifs singuliers.

Actuellement, des ajustements ont été apportés à la protection de l'enfance pour que les MNA bénéficient d'un système qui leur soit propre et en accord avec leur situation. Le législateur a mis en place une procédure particulière qui complète le droit commun de la protection de l'enfance. Les MNA font l'objet d'une protection spécifique pour s'adapter à leurs besoins qui ne sont pas les mêmes que ceux des enfants français (Section 1). Cependant, les adaptations effectuées ne sont pas efficaces. Les MNA ne bénéficient pas d'une protection optimale face à leur situation. En effet, la protection de l'enfance fait naître des différences de traitements entre les MNA, notamment avec ceux qui sont exclus du système de prise en charge. Des améliorations doivent encore être apportées par le législateur pour englober un maximum de MNA dans le dispositif de l'ASE et rendre la protection de l'enfance plus efficiente en France (Section 2).

Section 1 : Une adaptation de la protection de l'enfance

Quand un MNA est déclaré mineur, il doit bénéficier de la protection de l'enfance et être placé au sein de l'ASE. Pour cela, la procédure de placement suit la logique de la protection de droit commun résultant des lois du 5 mars 2007 et du 14 mars 2016 relatives à la protection de l'enfance (Paragraphe I). L'autorité judiciaire est compétente pour prononcer la mesure de placement au service départemental de l'ASE. Le MNA est traité comme tout mineur en situation de danger. Cependant, l'autorité administrative ne pourra pas prendre les décisions seules, c'est l'autorité judiciaire qui va intervenir à titre principal et non à titre subsidiaire. En effet, il n'existe pas de représentants légaux sur le territoire permettant une coopération avec le département pour améliorer la situation de l'enfant. Cependant, l'ensemble de la prise en charge va reposer sur le département. Ce dernier ne peut pas refuser de protéger un mineur. Néanmoins la mission de l'ASE n'est pas identique à celle de droit commun afin de s'adapter aux besoins des MNA (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un schéma procédural inspiré de la protection de droit commun

La décision de placement d'un MNA ne fait pas l'objet de critique. En l'absence de représentant légal, le mineur doit être placé au sein de l'ASE pour assurer les prérogatives attachées à la fonction de parents. Ainsi, la procédure de protection de l'enfance doit suivre le schéma de droit commun quand un mineur est en danger et que ses représentants légaux ne respectent pas les obligations attachées à l'autorité parentale. Il existe une particularité dans le schéma procédural, le MNA va faire l'objet d'une procédure préalable. En amont de l'intervention de l'autorité judiciaire, le département qui a connaissance de la présence d'un MNA sur son territoire doit mettre en œuvre la procédure de mise à l'abri (A). Une fois que cette phase d'urgence est terminée, le président du conseil départemental devra saisir le juge des enfants pour obtenir une ordonnance de placement à l'ASE (B).

A- Le recours à une prise en charge d'urgence

La circulaire du 31 mai 2013⁷⁹ pose les modalités spécifiques de la procédure de protection des MNA. Cette circulaire pose le dispositif de mise à l'abri qui correspond à une prise en charge en urgence des MNA. La procédure de mise à l'abri a été entérinée par la loi du 14 mars 2016 et son décret d'application du 24 juin 2016⁸⁰. Elle est aussi appelée accueil provisoire d'urgence selon les institutions. La procédure de mise à l'abri est souvent détournée de son utilité principale pour procéder à la détermination de l'âge par le département (1). Pourtant cela ne permet pas d'assurer la protection offerte aux MNA. L'accueil provisoire est un élément important de la protection française des MNA qui ne doit pas être négligée. Cependant, des éléments dans sa mise en œuvre vont nuire à son efficacité (2).

⁷⁹ Circulaire du Garde des sceaux, 31 mai 2013, n° JUSF1314192C, relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers.

⁸⁰ Décret du 24 juin 2016, n° 2016-840, pris en application de l'article L221-2-2 du code de l'action sociale et des familles et relatifs à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

1- L'articulation entre l'accueil provisoire d'urgence et l'évaluation socio-éducative

Un département qui a connaissance de la présence d'un MNA sur son territoire a l'obligation de le prendre en charge pour assurer sa protection en attendant une décision du juge des enfants. Cette obligation résulte de l'article L223-2 du CASF⁸¹. La procédure de mise à l'abri s'apparente à la prise en charge d'urgence pour les mineurs français, en droit commun. Un mineur qui se trouve dans une situation de danger, peut être recueilli au sein de l'ASE pendant 72 heures, sans informer ses représentants légaux. La mise à l'abri quant à elle vient prendre en charge un MNA avant toute ordonnance de placement provisoire ou définitive rendue par l'autorité judiciaire. C'est une protection en amont offerte à tout MNA, même avant la détermination de l'âge et même en cas de doute. En effet, si les travailleurs sociaux ne sont pas sûrs de la minorité des personnes bénéficiant de la mise à l'abri, ils ne pourront pas les exclure du dispositif en vertu du principe selon lequel le doute doit profiter au mineur. Ainsi, le département doit prendre en charge pendant une durée de 5 jours les MNA avant de saisir l'autorité judiciaire. Souvent la prise en charge va durer plus de 5 jours. En effet, la saisine de l'autorité judiciaire va se faire après la procédure de mise à l'abri et donc après le délai de 5 jours. Cependant, il se peut qu'une ordonnance de placement provisoire ne soit pas rendue tout de suite, ordonnance permettant de placer l'enfant temporairement au sein de l'ASE. Dans ce cas, l'hébergement d'urgence va continuer en attendant l'ordonnance provisoire puis le jugement définitif de placement. Il se peut que les services du juge des enfants du département soit surchargé et un mineur ne doit pas quitter l'ASE brutalement en attendant son ordonnance de placement dans le service. La vulnérabilité et l'urgence de protection permettent de faire perdurer la procédure de mise à l'abri au-delà de 5 jours. L'objectif de la mise à l'abri n'est pas seulement de prendre en charge pendant 5 jours un MNA. Ce dispositif existe pour que le département puisse répondre à son obligation légale. L'objectif est de protéger un mineur tant que celui-ci n'est pas légalement inscrit au service de protection de l'enfance. Un MNA est d'une particulière vulnérabilité en raison de son isolement et n'a personne pour s'occuper de lui et lui offrir un hébergement complet. L'ASE par l'obligation de mise à l'abri vient palier à cette vulnérabilité extrême en répondant aux besoins immédiats des MNA pendant une durée nécessaire à sa prise en charge.

De nombreux départements utilisent la procédure de mise à l'abri pour procéder à la détermination de l'âge du MNA via l'évaluation socio-éducative. Ainsi quand les services départementaux font face à une arrivée massive de mineurs étrangers, la durée de 5 jours ne suffit pas pour procéder à l'évaluation de tous ces jeunes. L'évaluation socio-éducative servait de fondement pour ne pas respecter la durée de 5 jours imposée par le texte. Pourtant, la procédure de mise à l'abri a pour objet d'héberger le mineur, de lui offrir ses besoins premiers ainsi que d'évaluer son état de santé. La circulaire de 2013 et par la suite le décret d'application de 2016 n'ont pas prévu d'appliquer l'évaluation pendant la mise à l'abri. Les deux procédures ne répondent pas à une logique identique permettant de les combiner. L'évaluation socio-éducative a pour but de déterminer l'âge d'un MNA et de l'exclure de la protection de l'enfance s'il est déclaré majeur, alors que la mise à l'abri a pour but de subvenir aux besoins d'un mineur en attendant son placement au

⁸¹ Article L223-2 alinéa 2 CASF « En cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la République. »

sein de l'ASE. La première est une limite à la protection alors que la seconde est un complément de cette protection. Ainsi procéder à l'évaluation de l'âge du MNA pendant sa mise à l'abri est un détournement de la protection offerte.

En 2014, la CNCDH a pu émettre un avis concernant l'articulation entre la détermination de l'âge et l'adaptation de la procédure d'urgence. Ainsi, dans un avis du 26 juin 2014⁸², la CNCDH affirme que la détermination de l'âge ne doit pas se faire dans la précipitation et doit être réalisée dans un délai raisonnable afin de garantir le respect des droits et un résultat cohérent au MNA. Le délai de 5 jours de la phase de mise à l'abri ne constitue pas un temps suffisant pour procéder à la détermination de l'âge. Enfin, la commission ajoute que cette mise à l'abri doit se faire uniquement dans un objectif de protéger les enfants. Cet avis est une première recommandation pour dissocier les deux procédures. Pourtant, il n'a pas été suivi par les départements et les politiques n'ont pas imposé cette dissociation. Le Conseil d'Etat a rendu deux décisions dans le même sens que la CNCDH. Il a affirmé que l'accueil provisoire est une obligation du département pour une durée de 5 jours. Il doit mettre en place cet accueil en urgence sans se soucier de l'âge du MNA. A la fin de ce délai seulement, l'évaluation socio-éducative pourra avoir lieu. De ce fait, dans ses deux décisions du 22 mars 2018⁸³, le Conseil d'Etat prend en compte l'avis de la CNCDH et la rend applicable à tous les départements. Si ces derniers ne suivent pas les décisions du Conseil d'Etat, ils pourront voir leurs décisions annulées et se verront condamnés à prendre en charge le mineur. Cette haute juridiction administrative pose alors le principe de dissociation de la procédure de détermination de l'âge et celle de la mise à l'abri. Actuellement, ces décisions ne sont pas suivies par tous les départements mais certains ont choisi de modifier leur procédure afin de respecter la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est notamment le cas de l'Isère, ce département ne procède plus à la détermination de l'âge pendant l'accueil provisoire. Ces solutions récentes sont importantes pour la protection des mineurs. Elles tendent à faire inclure un maximum de MNA dans un premier accueil même si ces derniers s'avèrent majeurs. Le refus de convergence temporelle entre l'évaluation socio-éducative et la mise à l'abri permet de redonner une certaine stabilité à ces jeunes. Cela leur permet de se reposer un peu avant de reprendre leur combat pour être pris en charge par les autorités françaises. Pourtant, ce département ne suit pas intégralement le Conseil d'Etat qui précisait que l'évaluation devait intervenir à la suite de cet accueil. En Isère, un MNA va voir son âge évalué dans la journée de son arrivé. Si à la suite de cette journée, il est mineur, il fera l'objet de l'accueil provisoire, à défaut il sera renvoyé par le département et orienté vers des associations. Cette nouvelle procédure est applicable depuis fin 2018. Cela coïncide bien avec la jurisprudence du Conseil d'Etat. La forme de la mise à l'abri n'est pas encore conforme à l'obligation de prise en charge. De plus, de nombreuses limites existent encore à l'encontre de l'efficacité de ce dispositif.

2- L'amélioration nécessaire de sa mise en œuvre

L'accueil provisoire est effectué par le département et plus précisément par l'ASE. Cette mise à l'abri va se traduire par un hébergement du mineur et un soutien des travailleurs sociaux. Elle doit se dérouler comme la prise en charge au titre de la protection de l'enfance, une fois qu'un enfant est placé au sein de l'ASE. Cependant, la prise en charge n'est pas identique et doit être

⁸² CNCDH, 26 juin 2014, avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présent sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relatives aux modalités de prise en charge des mineurs isolés étrangers.

⁸³ Conseil d'Etat, 22 mars 2018, n° 429059 et n° 419060, inédit au Recueil Lebon.

adaptée aux MNA. Cela passe notamment par les travailleurs sociaux et la politique du département.

Pour mettre convenablement en œuvre la procédure de mise à l'abri, il faut répondre aux besoins du mineur. Ainsi, les travailleurs sociaux vont dès le début de cet accueil provisoire d'urgence devoir évaluer ses besoins et son état de santé. Cette mise à l'abri du mineur doit principalement correspondre aux premières nécessités comme l'accès à un hébergement et à de la nourriture. Les besoins comprennent notamment la nécessité d'avoir recours à des psychologues suite aux traumatismes liés au parcours migratoire du MNA. Peut aussi être inclus la possibilité d'obtenir l'asile. Les travailleurs sociaux doivent donc être capables dès le début de la prise en charge d'urgence d'identifier les facteurs psychologiques et maîtriser les procédures de demande d'asile. Ils doivent pouvoir approcher le mineur pour que ce dernier leur raconte son histoire. Cela vaudra aussi pour la protection ultérieure ou encore l'évaluation de l'âge. Les capacités du travailleur social devront aller plus loin. Il faut que ce dernier puisse connaître l'état de santé du mineur. Souvent, le MNA va passer un premier rendez-vous médical pour connaître son état de santé général. Mais cela n'est pas vrai pour tous les départements. Quand ce rendez-vous médical n'est pas prévu, les travailleurs sociaux doivent être en capacité de détecter des éléments préconisant certaines maladies ou un problème de santé chez le mineur.

Ainsi, la procédure d'accueil provisoire nécessite des connaissances accrues des travailleurs sociaux dans de nombreux domaines pour répondre aux besoins des mineurs. Les MNA sont des mineurs particuliers avec des besoins qui leur sont propres. Pour cela, il faut une formation spécifique de ces intervenants pour répondre à ces besoins dès la mise à l'abri. Cette formation est une condition de l'efficacité de la protection des MNA. Pourtant, en pratique, cette spécialisation des travailleurs sociaux n'existe pas. Ils ne sont pas capables pour la plupart de déterminer les besoins premiers des MNA quand ils arrivent pour l'accueil provisoire. Cette étape est une protection importante pour les MNA avant que ces derniers ne rentrent dans le système de l'ASE. Pourtant, leurs besoins ne seront pas assurés portant une atteinte à cette protection du fait de l'absence de formation spécifique des travailleurs sociaux.

A côté de cela, la procédure de mise à l'abri a un coût important pour les départements. En effet, le coût financier de la mise à l'abri pour 5 jours par MNA est évalué à 250€. Quand elle dépasse 5 jours, la charge financière d'hébergement repose sur le département et donc sur son budget annuel alloué à la protection de l'enfance. Ainsi, chaque jour supplémentaire va avoir un coût pour le budget départemental. Il découle de l'obligation de prise en charge au titre de la protection de l'enfance, une obligation financière reposant sur le département. Cette charge financière est posée par l'article L228-3 du CASF. Elle comprend les dépenses d'entretien, d'éducation et de conduite des enfants confiés à l'ASE. Le texte n'opère pas de distinction entre les MNA et les mineurs français. La charge financière de la protection de l'enfance est globale et touche toutes ses missions comprenant ainsi l'accueil provisoire d'urgence. Ainsi, quand l'accueil provisoire dépasse les 5 jours, le département devra payer pour ce mineur. Ce coût financier explique souvent les choix politiques des départements. Cela permet de comprendre notamment le choix de l'Isère de procéder à l'évaluation socio-éducative du MNA avant la procédure de mise à l'abri. En effet, ce département ne va prendre en charge que des mineurs et non des majeurs qui se prétendent être des MNA. Cela permet de faire des économies et d'éviter d'offrir une protection à des majeurs. Cependant, ce choix politique en raison du budget et des finances du département

ne joue pas en faveur de la protection des MNA. Les choix économiques de certains départements peuvent s'orienter contre la procédure de mise à l'abri et son prolongement au-delà de 5 jours. Il faut noter dans ce sens, que le département qui a pris en charge un MNA déclaré majeur par la suite, pourra demander le remboursement des sommes dépensées à l'Etat. Finalement, le détournement de l'institution de la protection de l'enfance par les majeurs va reposer sur l'Etat et non pas sur les départements. L'Etat pourra alors faire le choix de durcir la procédure de détermination de l'âge pour repérer les majeurs plus facilement ou de rendre moins accessible l'accueil provisoire. Le coût budgétaire de cette procédure est un élément de plus en plus évoqué par les politiques et qui ont des conséquences juridiques, comme amoindrir le principe fondamental de protection de l'enfance applicable à tout mineur sans distinction.

Par conséquent, la phase de mise à l'abri est une étape importante, c'est une protection préalable des MNA avant que la protection de l'enfance puisse se mettre en place. A ce stade, selon le département, le MNA n'a pas encore fait l'objet du processus de détermination de l'âge. Ainsi, la mise à l'abri est un exemple phare du principe de la présomption de minorité. Quand un doute existe sur l'âge du mineur, le département ne peut pas refuser de mettre en œuvre l'accueil provisoire d'urgence tant que la majorité n'est pas confirmée. C'est donc une protection complète du MNA qui ne devrait pas être limitée par des facteurs extérieurs. La mise à l'abri n'est pas parfaite, il existe quand même des éléments qui doivent encore être améliorés comme la formation des travailleurs sociaux. Cette étape ne doit pas être négligée puisqu'elle permet ensuite la saisine du juge des enfants et d'obtenir une ordonnance de placement

B- La compétence de droit commun du juge des enfants

En matière de protection de l'enfance, la compétence de droit commun est celle de l'autorité judiciaire. Cependant, l'autorité judiciaire doit intervenir de manière subsidiaire, la compétence de principe est celle du département. Pour les MNA, le département n'est compétent que pour l'accueil provisoire d'urgence. Une fois que cette procédure est terminée, il ne peut pas agir. L'action administrative du département ne peut se faire qu'avec l'accord des parents, représentants légaux et avec leur coopération. De ce fait, la compétence de l'autorité judiciaire n'est plus subsidiaire mais une compétence de principe pour les MNA (1). Comme vu précédemment, cette compétence découle de l'article 375 du Code Civil. Néanmoins, même si la compétence de principe est celle du juge des enfants, l'intervention du JAF est nécessaire (2).

1- Le juge des enfants au centre du placement du mineur non accompagné

La phase judiciaire de la protection de l'enfance est comprise aux articles 375 à 375-9-2 du Code Civil. Cette procédure peut être vue comme celle de droit commun, elle est applicable à tous les mineurs, peu importe leur origine et leur situation. La protection de l'enfance est là même pour tous. Le juge des enfants, une fois que la minorité est établie, doit considérer le MNA comme tout autre enfant et notamment comme si c'était un enfant français. La procédure en elle-même est identique pour tous les mineurs. Que le mineur soit un MNA ou français, le juge des enfants pourra rendre une ordonnance de placement provisoire en attendant le placement définitif à l'ASE. En effet, obtenir une audience peut prendre plusieurs mois, le délai peut être de 6 mois, 9 mois ou même 1 an selon les juridictions. La procédure de mise à l'abri ne suffit plus à prendre en charge

le MNA pendant ce laps de temps. Il n'est pas possible de laisser le mineur dans la rue en attendant que le juge statue sur son placement à l'ASE. Ainsi, il est important, à la fin de la mise à l'abri que le juge rende une ordonnance de placement provisoire pour la durée de la procédure. Le juge des enfants n'est pas le seul compétent pour rendre ce type d'ordonnance. Le Procureur de la République pourra lui aussi prononcer une ordonnance de placement provisoire. Cela arrive quand le MNA n'a pas fait l'objet d'un accueil provisoire ou qu'il n'a pas été détecté en premier lieu par une association ou les travailleurs sociaux. Il se peut que la présence d'un MNA sur le territoire départemental soit connue en raison d'une infraction qu'il aurait commise. Dans ce cas, le Procureur de la République aura connaissance en premier de la situation du MNA. Il devra alors rendre une ordonnance de placement provisoire afin de respecter l'obligation de l'autorité judiciaire de protéger les mineurs en situation de danger. Il en va de même quand le MNA est découvert par la préfecture, si ce jeune a fait une demande d'asile seul par exemple. Enfin, le ministère public pourra être compétent comme en droit commun, sur saisine du Président du Conseil Départemental. En effet, en présence d'enfant en danger, quand le département n'arrive pas à mettre en place des mesures de protection, il va renvoyer le dossier au Procureur de la République et c'est ce dernier qui va saisir le juge des enfants. Cela n'est généralement pas le cas concernant les MNA, le juge des enfants est saisi directement, car il n'existe pas de suspicion d'infraction des parents à l'encontre de l'enfant. En tout état de cause, le Procureur de la République peut aussi rendre une ordonnance de placement provisoire à cette occasion.

L'ordonnance de placement provisoire est un élément important pour la protection des mineurs. Elle permet de protéger l'enfant en attendant qu'une décision définitive soit prise. Son but n'est pourtant pas le même entre les MNA et les mineurs français. La protection de l'enfance ne peut pas être identique entre ces deux catégories d'enfant. L'ordonnance de placement provisoire a pour objectif pour les MNA d'assurer un hébergement. En effet, comme tout autre mineur, il faut les mettre à l'abri de tout danger dans l'attente du jugement. Cependant, le danger des MNA ne vient pas du milieu familial mais de l'absence d'une personne pour s'occuper d'eux. L'ordonnance ne permet donc pas un éloignement temporaire de la famille mais de confier un enfant à des personnes pouvant le prendre en charge et ne pas le laisser livrer à lui-même dans la rue.

La procédure d'assistance éducative est similaire à celle de droit commun, concernant les MNA. Elle va débiter par la saisine du juge des enfants. L'article 375 du Code Civil ne fait pas de distinction entre les MNA et les mineurs français s'agissant les personnes capables de cette saisine. Ainsi, le Procureur de la République, le service à qui l'enfant a été confié et le MNA lui-même pourront saisir le juge des enfants pour qu'il statue sur la situation du mineur. Les parents ou le tuteur de l'enfant ne peuvent pas saisir le juge des enfants. Cela constitue une différence avec les mineurs français. En effet, si les représentants légaux sont connus, le placement du mineur au sein de l'ASE et la procédure d'assistance éducative ne sont plus possibles. Dans ce cas, le mineur n'est plus isolé et n'a plus besoin de la protection de l'enfance. C'est pourquoi, il y a une restriction des personnes ayant la capacité à saisir le juge.

Une fois saisie, le juge des enfants doit statuer sur l'assistance éducative et prendre des mesures envers le mineur pour assurer une protection la plus efficace possible. Il faut bien noter que le mineur doit être en danger pour faire l'objet de l'assistance éducative et de la protection de l'enfance. Normalement la situation de danger ne se pose pas concernant les MNA, elle est liée à son isolement. Le juge des enfants doit vérifier qu'il n'existe aucun représentant légal sur le territoire

national. Pour cela, il pourra avoir l'aide des travailleurs sociaux pour connaître ce qu'a pu leur dire le MNA. L'aide peut aussi venir du consulat pour obtenir des informations et notamment des documents d'état civil concernant la famille du MNA. Ces éléments sur la famille du mineur pourront être utilisés plus tard pour procéder au regroupement familial du mineur. Il est possible pour les travailleurs sociaux d'aider le mineur à retrouver sa famille, si cela constitue son projet de vie. Au moment de l'audience, il s'agit seulement de vérifier que le mineur est bien isolé sur le territoire français, à défaut, il faudra rechercher les parents afin de les inclure dans la procédure d'assistance éducative. Le mineur ne sera plus considéré comme un MNA. Une fois que l'isolement est prouvé, ainsi que son âge si une procédure de détermination de l'âge a été engagée, le MNA va faire l'objet d'une mesure éducative. En effet, depuis la jurisprudence de la Cour de Cassation de 2017⁸⁴, le juge des enfants ne peut plus refuser de prononcer le placement d'un MNA quand ce dernier a des liens avec sa famille restée dans le pays d'origine ou avec des amis de sa famille présents en France. L'isolement détermine la situation de danger du MNA et impose l'application de la protection de l'enfance. Le juge des enfants devra donc obligatoirement prononcer une mesure d'assistance éducative envers le MNA.

Normalement, face à un mineur en danger, le juge des enfants peut prendre plusieurs mesures différentes, il existe les mesures d'assistance éducative et les mesures de placement pour les cas les plus graves, quand il ne faut pas laisser l'enfant dans sa famille. Le Code Civil⁸⁵ prévoit que le mineur doit être maintenu dans la mesure du possible dans son milieu, soit dans sa famille. Le placement de l'enfant auprès d'une autre personne ou de l'ASE ne doit se faire que si le maintien avec ses parents ne permet pas d'assurer sa sécurité. En présence d'un MNA, le principe ne peut pas être le même. Il n'est pas possible de rendre le placement du mineur uniquement dans les cas les plus graves. En effet, il existe de nombreuses mesures possibles dans le cadre de la protection de l'enfance et de l'assistance éducative. Pourtant, ces mesures nécessitent la présence des parents du mineur pour être mises en place. Du fait de son isolement, le MNA n'a pas de parent en France et ne peut donc pas faire l'objet de toutes ces mesures. Ainsi, le juge des enfants ne pourra prononcer que le placement du mineur. Ce placement ne peut se faire qu'auprès de cinq personnes différentes selon l'article 373-3 du Code Civil⁸⁶. Ces personnes sont soit l'autre parent, un membre ou un proche de la famille du mineur, les services départementaux de l'ASE, un établissement habilité autre soit pour l'accueil des mineurs, soit un établissement sanitaire et d'éducation. Il n'est pas possible de placer un MNA chez un parent ou un membre de la famille, puisque par principe, le mineur est isolé. Le MNA ne pourrait placer qu'au sein de l'ASE ou d'un établissement habilité à recevoir des mineurs. Ainsi, les possibilités de placement restent limitées. Selon les témoignages

⁸⁴ Cass, Civ 1, 16 novembre 2017, n°17-24.072, JCP droit de la famille, 2018, n°3, 74

⁸⁵ Article 375-2 alinéa 1 c.civ « Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement. »

⁸⁶ Article 375-3 alinéa 1 c.civ « Si la protection de l'enfance l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier :

1° A l'autre parent ;

2° A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;

3° A un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;

4° A un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;

5° A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé. »

de conseillers à la chambre de l'assistance éducative, les juges des enfants ne rendent que des ordonnances de placement des MNA et principalement à l'ASE.

Les mesures sont donc très limitées concernant la protection de l'enfance des MNA. Le seul moyen de les protéger est de placer le mineur à l'ASE ou aux services habilités par le département. Il n'est pas possible de prononcer d'autres mesures et pour le moment aucun avocat n'a demandé à un juge de prononcer une mesure différente du placement concernant un MNA. Seul le placement permet une protection effective des MNA. Obtenir cette prise en charge est déjà une victoire pour de nombreux mineurs isolés. La protection de l'enfance attachée aux MNA n'est pas la même que celle octroyer aux mineurs français. En droit commun, pour les enfants français, le but du placement de l'enfance est de le protéger de sa famille sans pour autant couper le lien qui existe entre un enfant et ses parents. Le placement sera temporaire, avec des visites des parents pour retrouver un lien et plus tard arrivé à un retour de l'enfant dans sa famille. Dans le cas des MNA, il n'est pas possible de reconstruire un lien avec des parents qui sont restés dans le pays d'origine ou qui pourraient être décédés. Le but de la protection de l'enfance n'est pas d'être temporaire avec un retour dans la famille. Le MNA doit être placé au sein de l'ASE de manière définitive jusqu'à sa majorité afin d'être protégé un maximum. Le mineur n'ayant pas de parent, l'ASE va se substituer au représentant légal pour assurer la santé, la sécurité et la moralité du mineur, ainsi que son développement physique, affectif, intellectuel et social. L'ASE doit faire en sorte que le MNA puisse continuer une vie en France et retrouver un encadrement. La protection de l'enfance vient pallier à l'isolement du mineur sur le territoire national.

2- L'importance de la mesure de tutelle des mineurs

Par principe, le placement d'un enfant au sein des services du département va donner lieu à un retour de l'enfant au sein de sa famille. Ainsi, les liens avec la famille ne sont pas totalement rompus pendant toute la procédure. Pour cela, l'autorité parentale est laissée aux représentants légaux qui en sont titulaires de droit. L'ASE ne peut pas prendre les décisions pour l'enfant, c'est les parents qui les prendront pendant la mesure de placement. Cela n'est pas possible pour un MNA, les parents, s'ils sont encore en vie, sont soit inconnus soit dans un pays étranger et ne sont pas disposés à prendre les décisions pour leur enfant. Les mineurs n'ont pas la capacité juridique, ils ne peuvent pas exercer seul leur droit, selon l'article 414 du Code Civil⁸⁷. De ce fait, l'article 371-1⁸⁸ du même Code prévoit que les titulaires de l'autorité parentale exercent les droits du mineur en son nom et à sa place. L'autorité parentale est attachée aux parents de l'enfant qui l'ont reconnu dans l'année suivant sa naissance. Ils vont prendre les décisions à la place du mineur jusqu'à l'âge de 18 ans. Dans le cas des MNA, les parents ne peuvent plus prendre les décisions pour leur enfant, ce dernier ne se trouvant pas sur le même territoire. L'éloignement géographique ne permet pas de prendre des décisions pour le mineur. En effet, l'article 373 du Code Civil⁸⁹ prévoit expressément que l'absence d'un parent, notamment par l'éloignement géographique constitue une cause de

⁸⁷ Article 414 c.civ « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge ; chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance. »

⁸⁸ Article 371-1 alinéa 2 c.civ « Elle (l'autorité parentale) appartient aux « parents » jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne. »

⁸⁹ Article 373 c.civ « Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de tout autre cause. »

privation de l'exercice de l'autorité parentale. Le parent du MNA se trouvant dans un autre pays n'a pas la possibilité d'exercer l'autorité parentale à l'encontre de son enfant présent en France. Le texte précise que l'éloignement géographique rend le parent hors d'état d'exprimer sa volonté. Cela signifie que la présence dans des Etats différents ne permet pas aux parents de prendre des décisions pour son enfant.

Il existe donc une difficulté concernant l'autorité parentale des MNA. Les parents du mineur sont dans un autre pays et donc privés de l'exercice de cette prérogative et l'ASE ne disposent pas corrélativement au placement, de l'autorité parentale sur le MNA.

Il est nécessaire pour l'ASE de disposer de l'autorité parentale envers les MNA qui sont recueillis. La prise en charge n'étant pas temporaire mais pour toute la durée de la minorité et de l'isolement du MNA, l'ASE doit pouvoir prendre les décisions pour ces mineurs. Il faut une personne qui prend la place des parents pour assurer l'exercice de l'autorité parentale et donc rendre la protection de l'enfant pleine et entière. Sans la possibilité de prendre des décisions concernant le MNA, la protection est limitée. Le mineur n'aura accès qu'à très peu de services, seulement aux actes de la vie courante pour lesquels il est capable. De ce fait, un magistrat doit au minimum déléguer l'autorité parentale au profit de l'ASE.

Cette délégation permet de transmettre l'exercice de l'autorité parentale à une tierce personne, en laissant la titularité aux parents. Cette possibilité permet à l'ASE de prendre les décisions pour le MNA et notamment les décisions concernant l'inscription à l'école ou la santé du mineur, éléments permettant une protection optimale. Un MNA doit avoir accès à une scolarité et à une santé effective en vertu de ses droits fondamentaux. La délégation de l'autorité parentale est pourtant limitée, car elle est restreinte à certains éléments qui sont énoncés dans le jugement. Les parents peuvent conserver l'exercice pour les autres actes.

Dans le cas des MNA, la tutelle peut être une meilleure opportunité. Le tuteur vient remplacer les parents dans la titularité et l'exercice de l'autorité parentale. L'ASE peut être désignée comme tuteur du MNA. De ce fait, ce service pourra alors prendre toutes les décisions concernant la vie du mineur. Avec une mesure de tutelle, la prise en charge au sein de l'ASE est totale. Le département va faire tous les actes concernant le MNA, sauf les actes les plus graves qui nécessitent l'accord du juge des tutelles des mineurs. La tutelle est prévue à l'article 390 du Code Civil⁹⁰, quand les parents sont décédés ou privés de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, le texte renvoie expressément à la situation des MNA même si les termes de MNA ne sont pas inscrits dans l'article. Pourtant la tutelle répond à la difficulté résultant de la situation d'isolement du mineur. La tutelle est importante pour assurer la protection des MNA. Elle semble préférable à la mesure de délégation d'autorité parentale qui ne répond pas correctement à l'éloignement géographique des parents. Sans ces mesures, l'ASE est seulement vu comme un service gardien, ce de fait, elle ne dispose pas de l'autorité parentale et ne peut faire que les actes usuels concernant le mineur.

La nécessité de prononcer une mesure de tutelle ou de délégation de l'autorité parentale constitue une différence avec la protection de droit commun. L'autorité parentale est la protection primaire des enfants, sans celle-ci les mineurs ne sont pas réellement pris en charge. Le législateur n'a pourtant pas prévu une obligation de prononcer une telle mesure. Cela reste un simple choix

⁹⁰ Article 390 alinéa 1 c.civ « La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous les deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. »

du magistrat. Il faut noter que cela ne relève pas de la compétence du juge des enfants mais du JAF. Il faudra saisir le JAF après avoir obtenu le placement de l'enfant pour qu'il désigne le département comme tuteur du MNA. C'est une procédure qui est donc complexe car duale, devant deux juges différents. Il faut donc une maîtrise importante des techniques procédurales pour arriver à obtenir cette tutelle. De plus, le JAF n'est pas tenu de prononcer une telle mesure. Il se peut qu'une tutelle soit refusée. Ainsi, les décisions de placement sous tutelle vont dépendre des juridictions. Pourtant l'absence d'une telle mesure a des conséquences importantes sur la prise en charge du MNA. Tous les actes que peut rencontrer un mineur dans sa vie font l'objet d'une décision de l'autorité parentale, qui n'existera pas si aucune tutelle n'est prononcée. Quand aucune mesure dans ce sens n'est prononcée, la protection du MNA est mise à mal. Il est important de mettre en place un recours devant le JAF automatique à la suite d'un placement pour obtenir ce type de mesure et accorder l'autorité parentale au service gardien de l'enfant, sans cela, le MNA sera dans un sens laissé de côté.

Le droit commun de la protection de l'enfance ne peut pas s'appliquer comme tel en présence de MNA. Pour une question de discrimination, le fondement de ce système doit être identique entre les MNA et les mineurs français, la protection doit être la même pour tous. Cependant, la situation d'isolement entraînant une vulnérabilité extrême de l'enfant nécessite des adaptations. Ces dernières sont simples et permettent un meilleur accès des MNA à l'ASE, notamment avec la mise à l'abri qui constitue une protection préalable au placement. Les adaptations déjà effectuées contribuent à l'efficacité de la protection française des MNA. Cependant, elles ne sont pas encore efficaces à tous les égards. Des améliorations sont prises encore aujourd'hui par le législateur et d'autres doivent encore être prises pour que la protection de l'enfance devienne réellement efficace.

Paragraphe II : La création de dispositifs complémentaires au droit commun

Les adaptations de la protection de l'enfance ont été faites par les lois de 2007 et 2016. D'autres ont eu lieu avec la loi de 2018 concernant la lutte contre l'immigration. Toutes ces lois ont contribué à augmenter le travail des départements (A). Ces derniers ont de nouvelles prérogatives et obligations qui pèsent sur eux concernant la situation des MNA. Cela contribue à l'engorgement du système de protection de l'enfance sans augmenter les moyens mis à disposition. La procédure de protection de l'enfance pour les MNA ne cessent d'évoluer. Cela doit se faire normalement pour une meilleure prise en compte de ces mineurs, pourtant les dernières évolutions tendent à les exclure et à nuire aux droits fondamentaux de ces jeunes. En effet, le droit des étrangers semble prendre le pas sur la protection des MNA et constitue une véritable limite (B).

A- Des responsabilités accrues reposant sur le département

Le département est au centre de la protection de l'enfance. Il est le premier interlocuteur d'un mineur en danger, l'autorité judiciaire ne va intervenir que subsidiairement. Ensuite, seul le département est compétent pour prendre en charge ces enfants. Même si un mineur n'est pas placé à l'ASE mais auprès d'un tiers de confiance, ce sont les services départementaux qui vont assurer le suivi. Ainsi, le placement même en dehors de l'ASE, s'effectue toujours au sein du service départemental de la protection de l'enfance. De ce fait, une obligation de protection des enfants est imposée au département qui n'a pas la possibilité de s'y soustraire (1). Cependant, les capacités d'accueil des départements ne sont pas équivalentes. Certains départements sont particulièrement touchés par l'arrivée massive des MNA. L'obligation de prise en charge est alors mise à mal, les départements ne sont pas toujours capables d'accueillir tous les MNA qui arrivent ainsi que les mineurs français qui sont en dangers. Ainsi, une clé de répartition a été mise en place par le garde des sceaux pour répartir les MNA sur l'ensemble des départements (2).

1- L'obligation de prendre en charge

Le législateur a imposé dès la création de la protection de l'enfance, une obligation de prise en charge des enfants en danger. Comme vu précédemment, cette obligation découle de l'article L112-3 du CASF⁹¹. Il n'existe pas de distinction entre les MNA et les mineurs étrangers face à cette obligation. En effet, le département doit prendre en charge tous les mineurs sans distinction de leur origine, sexe ou encore de leur religion. Tout mineur en danger doit être considéré comme tel par le département. Il ne peut pas refuser la protection d'un MNA. Ces mineurs particuliers sont avant tout des enfants qui ont besoin d'une aide importante en raison de leur isolement. De plus, le CEDH a pu préciser dès 2011, que les MNA sont des enfants d'une vulnérabilité extrême. Cela justifie d'autant plus l'obligation de prise en charge par le département. La protection de l'enfance est liée à la situation de danger des enfants et à leur vulnérabilité. Ainsi plus cette vulnérabilité est grande plus la protection de l'enfance doit pouvoir être mise en œuvre facilement. Cette obligation

⁹¹ Article L112-3 alinéa 1 CASF « La protection de l'enfance vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et sociale et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation dans le respect de ses droits. »

est une garantie de la protection de l'enfance, une fois qu'une mesure de placement est prononcée, elle sera nécessairement mise en place.

Il arrive parfois que des départements veulent se soustraire à cette obligation. Cette soustraction n'existe jamais pour les mineurs français mais elle peut arriver en cas de MNA. Les mineurs français ne seront pas touchés par des limitations de la protection de l'enfance, sauf en cas de restriction budgétaire du département. En effet, cette collectivité doit établir un budget annuel et selon la politique du département, le budget alloué à la protection de l'enfance peut être minimal. Cela va poser problème pour la prise en charge des MNA. Les fonds étant infimes, le département va souhaiter faire primer les enfants français en danger sur son territoire. La politique du département va limiter la possibilité de prendre un nombre important de mineurs dans la protection de l'enfance. Cette restriction budgétaire pour ce service touche les mineurs. Cependant, ce choix politique se fait souvent dans le but de ne pas prendre en charge des MNA.

Outre les choix budgétaires, l'arrivée massive des MNA pose un problème important de capacité d'accueil. En effet, chaque service départemental possède un nombre de places limitées dans les foyers, établissements sanitaires et d'éducation ainsi que des familles d'accueil. Cela forme la capacité d'accueil des enfants dans les services de protection de l'enfance. Le nombre de place est donc limité, c'est aussi pour cela que le placement d'un enfant en danger est subsidiaire en droit commun. Beaucoup de départements ne peuvent pas accueillir tous les enfants français, avec l'arrivée importante des MNA. Dans certains départements, le phénomène s'est découlé et les MNA arrivent massivement. Ces mineurs vont pouvoir être réorientés vers d'autres départements. Néanmoins, il faut noter que l'obligation de prise en charge s'applique aussi aux MNA, il n'est donc pas possible pour les départements de refuser de les accueillir. Ainsi, on se rend compte que depuis plusieurs années, les MNA prennent toutes les places disponibles dans les services de protection de l'enfance, les départements ne sont alors plus capables de prendre en charge de nouveaux mineurs français. En effet, les juges des enfants ne prononcent que des mesures de placement à l'encontre des MNA. Pour obtenir une protection effective de ces derniers, il n'existe pas d'alternative au placement actuellement. A contrario, les mineurs français peuvent faire l'objet de mesures d'assistance éducative autres, le placement n'est pas l'unique solution pour les protéger, même si dans certains cas, il reste la seule issue. Du fait de l'absence de possibilité d'alternative au placement chez les MNA, l'ASE doit les prendre en charge au sein des foyers et des familles d'accueil. Cela ne permet plus de donner une priorité à des mineurs français qui ne peuvent pas rester dans leur famille sans être dans une situation dangereuse. Cet engorgement de l'ASE par les MNA est critiqué par la doctrine mais aussi en politique. Elle va donner lieu à des politiques d'exclusion des MNA. Cela n'est pas une solution pour résoudre ce problème. Il faudrait donner une capacité plus importante de prise en charge aux départements pour que les mineurs français ne soient pas exclus par les MNA ou inversement.

Il faut se rendre compte que certains départements refusent de prendre en charge des MNA quand ils ne disposent pas de places suffisantes pour les mineurs français. Cela n'est pas la seule explication à ce refus de prendre en charge, auquel peut s'ajouter les restrictions budgétaires ou encore les convictions politiques. Les départements ne devraient pas avoir la possibilité de refuser de prendre le placement du mineur. Pourtant cela existe encore, certains départements ne veulent pas accueillir de MNA, notamment suite à un renvoi du MNA en raison de la clé de répartition. Cela vient poser un problème de prise en charge du MNA, le département refusant son accueil, le

mineur ne dispose alors d'aucune protection. Le Conseil d'Etat a été saisi à plusieurs reprises suite à des refus de certains départements. Par quatre décisions du 27 juillet 2016⁹², le Conseil d'Etat a pu condamner cette pratique. Il rappelle l'obligation de prise en charge qui pèse sur le gouvernement. Cette obligation est faite pour protéger les mineurs sans distinction. De plus, l'obligation découle aussi d'une injonction de l'autorité judiciaire. Quand le juge des enfants rend une ordonnance de placement, le département ne peut pas se soustraire à cette décision, sous peine d'illégalité du refus. Le Conseil d'Etat va plus loin dans sa condamnation des départements. Il précise que le droit à un hébergement est un droit absolu qui doit être garanti par le conseil départemental. Cette institution ne peut pas refuser de prendre en charge un mineur car en plus d'empêcher une protection du MNA, cela met un terme au droit à l'hébergement du MNA. Ce droit étant absolu, cela signifie qu'aucune atteinte ne peut lui être apportée, même si une justification existe pour cette atteinte.

En outre, il existe une limite à l'obligation de prise en charge reposant sur le département. En effet cette obligation d'aide à l'hébergement est limitée seulement à la protection de l'enfance. Il s'agit ici uniquement d'accompagner des mineurs. Une fois l'âge de 18 ans atteint, la protection de l'enfance s'arrête et donc l'obligation reposant sur le département va s'arrêter avec elle. Ainsi, quand le MNA devient majeur l'obligation s'estompe, il n'existe pas d'exigence pour conclure un contrat jeune majeur avec les MNA sortant de la protection de l'enfance. Il en va de même quand un MNA est déclaré majeur lors de la procédure de détermination de l'âge ou que sa majorité est révélée alors qu'il était pris en charge. Il faut rappeler qu'il arrive parfois que des MNA déclarés mineur lors du processus de détermination de l'âge avouent plus tard être majeurs. Dans ce cas, ils ont souvent fait l'objet d'une mesure de placement. Cette mesure va s'arrêter suite à cette découverte. L'obligation de prise en charge du département est limitée à la condition de minorité uniquement et non à une ordonnance de placement rendue quand il existait un doute sur l'âge de l'intéressé. Le Conseil d'Etat⁹³ a pu rappeler cela. Il précise que l'obligation s'arrête à la majorité du MNA. Selon cette juridiction, quand la majorité du MNA est découverte, le conseil départemental a le choix d'arrêter ou non la prise en charge. Cette possibilité d'arrêter la prise en charge énonce bien la disparition de l'obligation.

L'obligation de prendre en charge les MNA par les départements existent seulement pour les enfants. Le bénéficiaire de cette obligation s'arrête avec la majorité. Cette obligation pendant la minorité est importante pour assurer la protection des MNA. Elle doit être absolue. Aucune atteinte ne doit être possible. La protection de l'enfance doit encore être adaptée dans sa pratique pour que cette obligation puisse prendre tout son sens. La capacité d'accueil ne doit plus pouvoir jouer contre la prise en charge des MNA. Actuellement, la solution est d'avoir recours à une clé de répartition. Elle n'est pourtant pas la plus efficace et doit être remise en cause.

⁹² Conseil D'Etat, 1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies, 27 juillet 2017, n°40055, n° 40056, n° 40057 et n° 40058, inédit au recueil Lebon.

⁹³ Conseil d'Etat, juge des référés, 22 novembre 2017, n°415637, inédit au recueil Lebon.

2- Le problème de la clé de répartition

L'arrivée massive des MNA en France a eu des conséquences importantes sur la possibilité de prendre en charge les mineurs. Les MNA doivent tous être protégés au titre de l'obligation de prise en charge par les départements. Cependant, tous les départements ne sont pas touchés de la même manière. Certains départements sont très exposés à l'arrivée des MNA alors que d'autres ne connaissaient pas ce mouvement. Les départements les plus touchés sont situés en Île de France avec notamment la Seine-Saint-Denis. Les départements des Bouches-du-Rhône, des Alpes Maritimes et de l'Isère sont aussi particulièrement atteints par ce phénomène, contrairement aux départements du centre de la France qui ne sont que très peu touchés par l'arrivée des MNA. De ce fait, les systèmes de protection de l'enfance seront surchargés dans certaines zones de la France alors que d'en d'autres, il n'y a pas de problème lié à aux MNA.

Pour résoudre ce problème, le garde des sceaux a pu prendre la décision de mettre en place une clé de répartition, dans la circulaire du 31 mai 2013⁹⁴. Cette clé de répartition a pour but de désengorger certains territoires locaux, en réorientant des MNA vers des départements qui ne sont pas sujets à l'arrivée massive de ces derniers. Ainsi, la clé de répartition fait peser le poids des MNA sur l'ensemble du territoire national et non seulement sur certains départements. Rapidement, cette circulaire a été remise en cause. La clé de répartition n'a pas été accueillie favorablement par tous les départements. Ainsi, les départements des Hauts-de-Seine, l'Indre et les Alpes-Maritimes ont déposé un recours en excès de pouvoir contre cette clé de répartition. La requête était fondée sur l'intérêt de l'enfant. En effet, le CIDE fait primer l'intérêt de l'enfant dans toutes les décisions qui concernent des mineurs, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Les départements ont jugé que la clé de répartition ne venait pas prendre en compte cet intérêt supérieur de l'enfant. Pour affirmer cela, ces territoires locaux se sont basés sur deux éléments. Dans un premier temps, la clé de répartition ne donne aucune indication sur les critères permettant le choix du département. Cette clé se base sur une formule mathématique pour donner un pourcentage d'accueil des MNA par département. Quand ce taux est dépassé le département doit orienter le mineur vers un autre département. Cependant, la circulaire n'a donné aucune information sur cette orientation. Aucun élément n'est déterminé pour fonder le choix de département. Ainsi, le choix d'orientation vers un autre département peut être totalement aléatoire, en fonction des collectivités locales qui acceptent d'accueillir le MNA ou de ceux qui ont encore un certain nombre de places disponibles au sein de leur système de protection de l'enfance. Le choix ne va pas se faire selon les envies et les besoins de l'enfant. Le renvoi du mineur vers un autre département ne répond pas à son intérêt supérieur. Dans un second temps, la clé de répartition est issue d'une circulaire. De ce fait, elle n'a pas de fondement légal. Pour être applicable, la clé de répartition aurait dû être créée par une loi. Elle est donc décrite comme illégale par les trois départements. Le Conseil d'Etat a reconnu cette illégalité, il a annulé partiellement la circulaire de 2013, seulement en ce qui concerne la clé de répartition, dans une décision du 30 janvier 2015⁹⁵. Suite à cette décision, la clé de répartition n'est plus applicable sur le territoire national. Pour pallier à cette annulation, le législateur l'a réintroduite dans la loi du 14 mars 2016⁹⁶.

⁹⁴ Circulaire du garde des sceaux, 31 mai 2013, n°JUSF1314192C.

⁹⁵ Conseil d'Etat, 1^{ère} et 6^{ème} sections réunies, 30 janvier 2015, n°371415, n° 371730 et n°373356, Droit de la famille, n°3, Mars 2015, comm 52.

⁹⁶ Loi du 14 mars 2016, n° 2016-297, relative à la protection de l'enfance

La clé de répartition n'est pas évidente à mettre en œuvre. Le gouvernement a dû prendre un décret d'application pour préciser les modalités d'application, ce qui a été fait avec le décret du 24 juin 2016⁹⁷ puis un arrêté du 28 juin 2016⁹⁸. La clé de répartition repose sur un calcul mathématique très complexe. Il a pour but de déterminer un nombre de places disponibles pour les MNA dans chacun des départements français. La formule mathématique est $K3 = k1 + (0,2 \times K2)$ ⁹⁹. K3 correspond à la clé de répartition, K1 à la clé de répartition démographique et K2 au taux de variation. Ce calcul se fait en fonction de la proportion de personnes de moins de 19 ans dans le département, face au pourcentage des moins de 19 ans à l'échelle nationale. Dans cette population, il faut connaître le pourcentage des mineurs pris en charge par l'ASE. Une fois le pourcentage obtenu, il faut suivre un raisonnement technique, en deux étapes. Avant d'effectuer le calcul, il faut procéder à une étape préalable par la différence entre le nombre de mineurs effectivement admis à l'ASE et le nombre de MNA qui aurait dû être admis avant le 31 décembre de l'année précédente selon la valeur pour les moins de 19 ans dans l'ensemble du territoire. Cette deuxième condition est très compliquée à mettre en œuvre. Il faut connaître le nombre exact de MNA présents sur le territoire local, ce qui n'est pas le cas dans tous les départements. De plus, cette condition est souvent mal comprise par les travailleurs qui doivent la mettre en œuvre. Une fois que la différence est obtenue entre ces deux catégories de mineurs, la clé de répartition peut être obtenue. Pour cela, il faut chercher le 5^{ème} du rapport obtenu entre le nombre de mineurs pris en charge par l'ensemble des départements concernés avant le 31 décembre de l'année précédente et la différence obtenue à l'étape précédente. Le calcul de la clé de répartition repose donc sur 3 calculs. Il faut nécessairement obtenir les données sur la prise en charge par chacun des départements, à défaut, il est considéré comme ne prenant aucun mineur en charge pour l'année précédente.

⁹⁷ Décret du 24 juin 2016, n°2016-840, pris en application de l'article L221-2-2 du Code l'action sociale et des familles et relatifs à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

⁹⁸ Arrêté du 28 juin 2016, pris en application du décret du 24 juin 2016 n°2016-840, relatif aux modalités de calcul de la clé de répartition des orientations des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

⁹⁹ Article 4 arrêté du 28 juin 2016 « I. La clé de répartition K3 des mineurs à accueillir au cours de l'année N pour un département est calculée de la manière suivante : $K3 = K1 + (0,2 \times K2)$ avec :

K1 : clé de répartition démographique.

K2 : taux de variation.

II- La clé de répartition démographique K1 est calculé de la manière suivante :

$K1 = \text{nombre de jeunes de 19 ans et moins dans le départements} / \text{nombre de jeunes 19 ans et moins dans l'ensemble des départements}$

III- K2 est le taux de variation relatif, pour chaque département, à l'écart entre le nombre de mineurs déclaré à la cellule comme étant pris en charge au 31 décembre N-1 et le nombre de mineurs qui auraient dû être pris en charge au 31 décembre N-1, si la clé démographique K1 avait été appliquée au nombre de mineurs pris en charge au 31 décembre N-1 dans l'ensemble des départements. Il est calculé de manière suivant $K2 = (\text{stock théorique} - \text{stocke réel}) / \sum \text{stocks réels}$ avec :

Stock réel = nombre de mineurs déclarés comme étant pris en charge par le département en application d'une décision judiciaire au 31 décembre N-1.

$\sum \text{Stocks réels} = \text{somme des stocks réels de tous les départements.}$

Stock théorique = $K1 \times \sum \text{stocks réels.}$

IV- En cas de non déclaration par le président du conseil départemental du nombre de mineurs pris en charge par le département en application d'une décision judiciaire au 31 décembre N-1, le stock réel du département est fixé à zéro en application des dispositions du paragraphe II de l'article R. 221-14 du Code de l'action sociale et des familles. »

De nombreux départements affirment ne pas comprendre le calcul de la clé de répartition. Cependant, ce n'est pas à ces collectivités de procéder l'évaluation de cette répartition. Cela est effectué par une cellule spécifique : la cellule nationale d'orientation et d'appui à la décision de placement judiciaire placée auprès du ministère de la justice. Cette cellule se charge annuellement de procéder à la réévaluation de la clé de répartition. En effet, le calcul doit être revu chaque année pour correspondre à la réalité du nombre de mineurs pris en charge. Cela est prévu à l'article 3 de l'arrêté du 28 juin 2016¹⁰⁰. La cellule va rendre tous les ans une nouvelle clé de répartition et un quota d'accueil pour chacun des départements. Il est rendu tous les ans au 15 avril. Cela laisse le temps à la cellule de récolter les données nécessaires et de procéder au calcul.

Cette clé de répartition est importante pour prendre en charge tous les MNA présents sur le territoire français. Elle est pourtant remise en cause actuellement par les départements et certains magistrats. En effet, la plupart de ces acteurs dénoncent les limites de ce mécanisme, notamment la saturation actuelle des services de l'ASE dans des départements ruraux qui n'étaient auparavant pas touchés par le phénomène des MNA. Cela a entraîné une réaction de quelques départements. Ceux qui ne connaissaient pas le phénomène des MNA ne souhaitaient pas les prendre en charge. Ils ont donc rapidement adopté une politique pour refuser la clé de répartition et le renvoi des MNA dans leurs territoires. Pour éviter de prendre en charge ces mineurs, ils vont procéder à une nouvelle évaluation de la minorité, avec un durcissement des résultats pour que ces derniers conduisent à la majorité. Ce mouvement politique devrait être remis en cause avec l'apparition du nouveau fichier biométrique : d'appui à l'évaluation de la minorité.

A côté de cela, des critiques sont portées sur l'efficacité de la clé de répartition. Celle-ci nécessite une cohérence des départements sur la prise en charge des mineurs. Cette cohérence doit exister concernant la politique des départements mais aussi sur la procédure de détermination de l'âge. Cependant, il n'existe pas actuellement d'harmonie nationale, permettant de rendre la clé de répartition efficace. De plus, certains départements dénoncent l'impossibilité de respecter le mécanisme. La clé de répartition donne un nombre de MNA qui doit être pris en charge pour une période déterminée par chacun des départements. Ce nombre n'est pas identique pour tous les départements et peut être plus ou moins important. Par exemple, entre janvier et avril 2019, l'Isère doit prendre en charge 121 MNA, la Seine Saint Denis 199, les Bouches du Rhône 216, alors que la Dordogne n'en accueille que 31 et la Creuse n'en prend en charge seulement 8¹⁰¹. Certains départements ne sont donc que très peu touchés par les MNA. Pourtant, les départements les plus atteints ne parviennent pas, après dépassement du seuil à orienter les MNA vers d'autres départements. De ce fait, ils vont continuer à accueillir des MNA alors que leur quota est atteint. La clé de répartition, nonobstant sa méthode de calcul particulière, ne parvient pas à prendre en compte les difficultés de répartitions et d'orientation entre les départements.

Enfin, la problématique du choix de département n'a pas été résolue par la loi et le décret de 2016. Le choix du département d'accueil du MNA est toujours une option aléatoire qui ne prend pas en compte l'intérêt du mineur. L'orientation ne se fait pas par le département mais par une cellule spécifique. Le département transmet le dossier du MNA à la cellule quand sa capacité

¹⁰⁰ Article 3 alinéa 1, arrêté du 28 juin 2016 « La clé de répartition K3 est définie chaque année en prenant compte du nombre de mineurs confiés par décision judiciaire au service de l'aide sociale à l'enfance et toujours pris en charge au sein du département au 31 décembre de l'année N-1. »

¹⁰¹ Clé de répartition pour la période allant du 1^{er} janvier au 19 janvier 2019 : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/tableau_mna.pdf.

d'accueil est dépassée. Cette dernière doit alors trouver un département d'accueil. Pourtant, les éléments déterminants ne sont pas transparents. La cellule ne communique pas les informations qui ont motivées son choix. Il est alors possible de penser que le choix effectué ne se fait pas en fonction des objectifs et du projet de vie du MNA, de la présence d'amis, de sa famille dans un département ou tout autre élément pouvant être dans l'intérêt du mineur.

La symbolique de la clé de répartition est intéressante et importante. L'idée de répartir la charge des MNA sur l'ensemble du territoire montre bien l'enjeu national mais aussi la volonté de l'ensemble du territoire français de prendre en compte la protection des MNA. Cependant, sa mise en œuvre vient limiter cette belle idée. La clé de répartition montre depuis le début ses limites qui ne sont pas comprises par le législateur et le gouvernement. Ce dispositif doit être réformé pour prendre en compte les points négatifs et l'ampleur actuelle du mouvement migratoire des MNA. La clé de répartition doit être modifiée pour ne plus porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt n'est pas menacé uniquement par la clé de répartition, au sein de la protection de l'enfance, mais une atteinte à ce dernier existe parallèlement par la politique étrangère du gouvernement français.

B- Une protection civile confrontée à la politique étrangère

Les MNA sont au centre de deux mouvements différents, l'inclusion et l'exclusion des étrangers migrants. Il existe des discussions encore actuelles pour savoir si les MNA doivent être considérés avant tout comme des enfants ou comme des étrangers. Le changement de terminologie de mineurs isolés étrangers à MNA avait pour but d'éloigner la qualité d'étranger des considérations concernant ces enfants. Pendant longtemps, le gouvernement et le législateur ont souhaité mettre en avant la qualité de mineur et faire oublier la situation étrangère du MNA afin de favoriser sa prise en charge. Ce mouvement existe encore actuellement et permet de faire rentrer le MNA dans le système de la protection de l'enfance en se basant uniquement sur la minorité des MNA sans considération du fait qu'ils viennent d'autres pays et ne sont pas de nationalité française. Cependant, la hausse de l'arrivée des MNA et du mouvement migratoire a donné naissance à une idée contraire. L'inclusion des MNA dans le système de protection de l'enfance n'est pas remise en cause. L'idée est cependant de voir le MNA comme un étranger avant d'être un mineur. Un certain nombre de mesures existent dans ce sens pour appliquer le droit des étrangers aux MNA comme s'ils étaient des adultes. Cela rentre notamment dans le cadre de la politique de lutte contre l'immigration qui anime le gouvernement depuis plusieurs années. Cette dernière idée tend à l'exclusion des MNA du territoire national. Dans ce cas, cela vient limiter l'accès à la protection de l'enfance. Aucune autre protection ne peut être offerte à ces mineurs en dehors du système départemental. Il existe en droit des étrangers des protections ponctuelles des enfants prenant seulement en compte leur vulnérabilité. Ce droit n'offre pas une protection similaire ou parallèle à la protection de l'enfance. Il agit comme une limite ou une barrière à la prise en charge par l'ASE.

Récemment, il est possible de voir apparaître une volonté du législateur de durcir l'accès à la protection de l'enfance pour les MNA, en raison de leur qualité d'étranger. Cela s'est fait à l'article 51 la loi du 10 septembre 2018¹⁰² créant le fichier biométrique pour les MNA. Il a ensuite été mis en place par le décret du 30 janvier 2019¹⁰³. Il crée un fichier partagé d'appui à l'évaluation de la minorité, entre le département et la préfecture d'un même territoire local. Il permet une collaboration entre le préfet et le président du conseil départemental pour l'évaluation de l'âge des MNA. Le président du conseil départemental peut demander l'aide de la préfecture dans cette procédure. Il pourra obtenir les informations connues sur le mineur par l'administration, ainsi que de l'aide pour l'authenticité des actes d'état civil du MNA. A côté de cela, pendant la procédure de mise à l'abri et celle de détermination de l'âge si elle est nécessaire, le département va récolter des informations concernant le MNA et les versées dans le fichier. Toutes les informations ne peuvent pas être reçues par le fichier, elles sont délimitées par le décret. Cela concerne l'état civil du MNA, ses empreintes digitales, sa nationalité, une photographie du mineur, ses documents d'identité et de voyage, sa commune de rattachement, ses coordonnées téléphoniques et électroniques, la langue parlée et les filiations établies à son encontre. Le département doit aussi verser des informations qui lui sont propres telles que le numéro de service de l'ASE, la date de l'évaluation, la date de la décision d'assistance éducative ou à défaut la date de fin de prise en charge. Pour sa part, la préfecture doit aussi alimenter ce fichier par les notifications effectuées au service départemental ainsi que la date de l'assistance éducative. Le fichier biométrique est donc assez complet et comprend de nombreuses informations concernant le MNA, notamment des informations personnelles. De ce fait, le gouvernement a posé des garde-fous à l'accès à ce fichier pour éviter les abus. Tout d'abord, le fichier est accessible au président du conseil départemental, agent de l'ASE, magistrats et aux préfets. Cela permet de conserver une confidentialité du fichier et des informations qu'il contient. Ensuite, la conservation des données doit avoir une durée limitée, pour 1 an suivant la notification de la date fin d'évaluation et 18 mois si une modification est apportée ultérieurement au fichier.

L'utilisation de telles données sur une personne doit être encadrée. De ce fait, l'utilisation du fichier a un but précis défini par le décret, que sont l'identification des empreintes digitales des MNA, une meilleure coordination entre les services de l'Etat, l'accélération et la fiabilisation de l'évaluation de l'âge. Il existe pourtant un objectif autre du gouvernement. Avec ce fichier, le pouvoir politique veut lutter contre le détournement du système de la protection de l'enfance, par des majeurs qui se prétendent être mineurs avec de faux documents. Beaucoup de MNA déclarés majeurs dans un département vont aller dans un autre département pour procéder à une nouvelle évaluation de son âge et cela jusqu'à ce qu'un département accepte sa minorité. Cette pratique est néfaste pour la protection de l'enfance. Elle peut donner la sensation aux professionnels d'être

¹⁰² Article 51 loi du 10 septembre 2018, n°2018-778, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie « Après l'article L611-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est inséré un article L 611-6-1 ainsi rédigé :

Art. L. 611-6-1 :- Afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille peuvent être relevés, mémorisés et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n°78-71 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

¹⁰³ Décret 30 janvier 2019, n°2019-57, relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineurs et privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes.

utilisé pour obtenir une protection qui n'est pas dû à l'intéressé. L'objectif est compréhensible, la pratique des majeurs se déclarant MNA nuit à la protection des véritables enfants isolés.

Depuis le 15 février 2019, le fichier est mis en place dans trois départements pilotes que sont l'Isère, l'Essonne et le Bas-Rhin. Ils ont pour mission d'appliquer le fichier pendant plusieurs mois et vont permettre de mettre en avant les dysfonctionnements de celui afin de l'adapter avant l'application nationale. Pourtant, ce dispositif fait déjà l'objet de nombreuses critiques. La doctrine et les associations n'ont pas attendu sa mise en œuvre pour pointer les inconvénients majeurs du décret. Il n'est pas possible de connaître les conséquences de ce fichier et de cette collaboration du département et de la préfecture sur la prise en charge des MNA. Par exemple, le MNA a le choix de refuser de donner ses empreintes et les informations pour le fichier. Dans ce cas, cela est assimilé à une déclaration de majorité. Ce fichier constitue une atteinte à la présomption de minorité. En ce sens, le 28 février 2019, 18 associations et ONG ont déposé une requête pour faire annuler et suspendre le décret. Parmi ces associations, on retrouve notamment l'UNICEF qui lutte pour la condition des enfants sur toute la planète. Le recours se fonde sur une illégalité manifeste du décret, notamment face à l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect des engagements internationaux de la France. Les associations et ONG ont peur d'un dévoiement de la protection de l'enfance à des fins de contrôle de l'immigration. La protection de l'enfance doit seulement permettre d'assurer une aide et un hébergement aux mineurs mais avec le fichier, le but ne serait plus de protéger les mineurs mais d'aider à expulser les personnes en situation irrégulière.

Le détournement du système de la protection de l'enfance n'est pas le seul point de critique du fichier. Le décret porte des atteintes aux droits fondamentaux. Le droit à la vie privée et familiale est mis à mal avec un recueil important d'informations sur la vie du MNA. Le fichier concerne notamment des informations sur la vie et les conditions d'entrée sur le territoire du MNA, ce sont des informations qui peuvent toucher à l'intimité du mineur et qui nécessitent normalement une protection particulière. Pour récolter les données, le président du conseil départemental ou le préfet doit demander l'accord du MNA à l'inscription des informations dans le fichier. Cependant, comme pour l'accord à l'examen osseux, les MNA ne comprennent pas forcément les conséquences du dispositif. L'utilisation des données se fait par de nombreux acteurs de plusieurs institutions différentes. Même si la liste des acteurs est limitée, il y a un accès assez large. En effet, les agents de l'ASE ont accès aux fichiers ce qui peut être très critiquable. Les autres fichiers biométriques que connaît l'Etat sont seulement ouverts aux magistrats. Il est possible en ce sens de comparer le fichier biométrique pour les MNA au FNAEG. Ce dernier est un fichier utilisé au pénal permettant de recueillir les empreintes des condamnés à certaines infractions graves, telles que les crimes sexuels. Les mineurs délinquants qui ont été jugés coupables de ces crimes ne peuvent pas voir leurs empreintes inscrites au FNAEG. Par principe, les mineurs ne sont pas des personnes comme les autres et doivent être protégés, la prise des empreintes pour l'inscrire dans des fichiers nationaux nuirait à leur protection. Il reste possible que le mineur soit inscrit au FNAEG mais cela se fait uniquement par décision expresse et motivée d'un magistrat. L'inscription n'est donc pas automatique afin de protéger les mineurs. Il est alors possible de se demander pourquoi les MNA font l'objet d'une inscription automatique dans un fichier similaire qui regroupe de nombreuses informations sur sa vie privée. L'inscription sur un fichier a des conséquences néfastes pour pouvoir s'appliquer aux MNA. Cela vient nuire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le fichier biométrique ne fait pas primer l'intérêt de l'enfant mais l'intérêt de la nation à lutter contre les étrangers en situation irrégulière.

Par conséquent, la protection de l'enfance de droit commun ne peut pas s'appliquer comme telle aux MNA. Une protection identique entre les MNA et les mineurs français ne permet pas de prendre en compte les spécificités des mineurs étrangers. Le législateur a déjà pu adapter la procédure notamment avec l'accueil provisoire d'urgence ou encore la clé de répartition. Cela a été fait pour permettre une protection effective des MNA. Ces nouveaux dispositifs sont favorables et répondent à leur objectif. Pourtant, après quelques années de mise en œuvre, il est possible de se rendre compte, que ces mesures ont des limites. La protection des MNA n'est pas encore celle qu'elle devrait être. Les adaptations apportées à la protection de l'enfance s'essoufflent et doivent être réformées pour comprendre la situation des MNA. Parallèlement, la protection de l'enfance continue de connaître des améliorations. Cependant, il faut noter que la dernière modification tend à exclure un grand nombre de MNA et à favoriser la politique de lutte contre l'immigration. Il y a donc un mouvement faisant primer la qualité d'étranger sur la situation de minorité.

La procédure de protection de l'enfance et ses adaptations créent une distinction et parfois une discrimination entre les mineurs français et les MNA. Cependant, la prise en charge effective des MNA tend à entraîner une différence de traitement les MNA qui ont été placés au sein de l'ASE et ceux qui en sont exclus ou qui n'ont pas encore été découverts.

Section 2 : Une adaptation non effective par des différences de traitement entre les mineurs non accompagnés

La protection de l'enfance est importante pour les MNA. Elle permet de leur assurer un hébergement, un accès aux besoins vitaux, à une scolarité ou une formation. Elle évite aux enfants de vivre dans la rue et d'être victime de leur extrême vulnérabilité. La procédure de prise en charge des mineurs est difficile à mettre en œuvre, en raison du nombre important de MNA présents sur le territoire français. Le détournement de cette institution par les adultes contribue à cette complexité. Cela existe quand des étrangers se font passer pour des mineurs afin d'obtenir une protection, alors qu'ils sont majeurs et sans titre de séjour. Cette difficulté de mise en œuvre entraîne des conséquences dommageables sur la prise en charge de certains MNA. De ce fait, de nombreux mineurs vont être exclus du système de protection de l'enfance, ce qui va engendrer des différences de traitements entre les MNA qui sont pris en charge et les MNA qui sont exclus de l'ASE. Pourtant, selon l'article 2§1 de la CIDE, tous les enfants doivent être traités de la même manière sans distinction. Il est possible de constater qu'il existe deux catégories de MNA : les MNA exclus et les MNA soumis à la protection de l'enfance. Cette différence de traitement apparaît plus ou moins clairement dans de nombreux domaines. Elle existe notamment dans le placement en zone d'attente ou de rétention ou dans l'accès à une scolarité. Cependant, quelques associations ont trouvé une solution pour permettre un accès à l'instruction aux MNA exclus de la protection de l'enfance. D'autres domaines démontrent clairement la distinction entre les MNA. L'accès aux soins par exemple, est un droit fondamental. Néanmoins, l'état de santé des MNA ne sera pas traité de la même manière. Il existe un avantage pour les MNA qui sont pris en charge par l'ASE (Paragraphe I). A côté de la santé des enfants, la régularité du séjour est une donnée importante. A la majorité, l'enfant pourra être expulsé. Il doit donc obtenir un titre de séjour avant ses 18 ans, la procédure va différer selon que le MNA est pris en charge ou non (Paragraphe II).

Paragraphe I : Des difficultés d'accès à une aide médicale

Le droit à un état de santé est un droit garanti concernant les enfants par la CIDE. Ce droit est garanti implicitement par la CESDH et la protection du droit au respect de la vie privée¹⁰⁴, du droit à la vie¹⁰⁵ et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants¹⁰⁶. En effet, l'état de santé est une partie de la vie privée d'une personne. Dans le même temps, une personne qui est malade, dont la santé est gravement atteinte et qui n'a pas accès à des soins voit son droit à la vie bafoué. De plus, le fait de refuser ou de ne pas donner des soins à une personne qui en a besoin pour survivre ou vivre convenablement peut être vu comme un traitement inhumain ou dégradant. Ainsi, toute personne doit avoir un droit à la santé et cela existe aussi pour les MNA. Pourtant un MNA qui n'est pas pris en charge par l'ASE va voir son accès à des soins mis à mal. Cette différence de traitement entre les MNA est accrue dans l'accès au système de santé et

¹⁰⁴ Article 8 alinéa 1 CESDH « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

¹⁰⁵ Article 2 alinéa 1 CESDH « Le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

¹⁰⁶ Article 3 CESDH « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

notamment à la sécurité sociale (A). La distinction entre ces deux catégories de mineurs existe aussi dans le suivi psychologique des MNA (B).

A- L'entrée dans le système de santé français

Le système de santé français est basé sur la Sécurité Sociale. Celle-ci est une protection offerte par l'Etat. Elle est universelle et doit s'appliquer à tous les individus présents sur le sol français dans un objectif de salubrité publique. De ce fait, le gouvernement a permis que toute personne résidant en France soit affiliée à la Sécurité Sociale par différents procédés. Cela concerne aussi les MNA. Chacun doit pouvoir avoir accès à un système de soins (1). Cependant, l'affiliation à la sécurité sociale par la couverture maladie universelle (2) va présenter des avantages pour les MNA pris en charge par l'ASE.

1- L'accès universel à des soins

En France, le système de santé est conçu pour que chacun puisse avoir accès à des soins quand il en a besoin, sans considération du niveau de richesse de la personne. Cela passe par la Sécurité Sociale qui a été créée en 1945¹⁰⁷ et qui s'est développée pour être accessible à tous. La CIDE a souhaité que le système de santé existant soit applicable aux MNA présents dans chacun des Etats signataires. Ainsi l'article 24¹⁰⁸ de la convention prévoit que tous les enfants doivent avoir accès aux services médicaux pour l'accès à un des soins minimums. La CIDE garantie un droit à la Sécurité Sociale de tous les enfants à l'article 26¹⁰⁹. Dans les faits, tous les MNA présents en France vont pouvoir rentrer dans le système de santé. Cependant, l'accès ne se fait pas de manière uniforme, les MNA ne vont pas obtenir la même formule de soins et passer par les mêmes organismes.

L'accès à la santé en France peut se faire sans condition de régularité du séjour. Ainsi, tous étrangers ne disposant pas d'un titre de séjour aura droit à des soins primaires. Cela existe grâce à l'aide médicale de l'Etat. Les MNA qui ne sont pas pris en charge par l'ASE pourront demander à bénéficier de l'aide médicale de l'Etat en cas de nécessité pour leur santé. Ces MNA sont alors considérés comme des étrangers adultes en situations irrégulières. Cela peut se comprendre quand ces MNA ont fait l'objet d'une procédure de détermination de l'âge ayant conclu à leur majorité. Pourtant, certains MNA peuvent bénéficier de l'aide médicale de l'Etat car ils n'ont pas été découverts par l'autorité publique ou qu'ils sont pris en charge temporairement par les CAOMIE. Ainsi, ils devraient normalement pouvoir bénéficier de la même affiliation que les MNA soumis à la protection de l'enfance. Parallèlement, les MNA qui sont pris en charge par l'ASE sont soumis à la couverture maladie universelle. Ces derniers sont assimilés à des enfants français concernant le système de santé.

¹⁰⁷ Ordonnances du 4 octobre 1945, n° 45-2250 et n°45-2259, et du 19 octobre 1945, n°45-2456.

¹⁰⁸ Article 24 alinéa 1 CIDE « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services. »

¹⁰⁹ Article 26 alinéa 1 CIDE « Les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale. »

La création de l'aide médicale de l'Etat par la France a été motivée par l'article 3§1 de la CIDE et donc par l'intérêt supérieur de l'enfant. Tout mineur, sans considération de nationalité ou de régularité du séjour doit pouvoir maintenir un état de santé convenable pour respecter son intérêt supérieur. De plus, l'Etat français doit faire face à des exigences sanitaires. La France doit faire attention à ce que de nouvelles maladies n'apparaissent pas sur le territoire par une contamination venant des MNA. Il doit aussi assurer que le taux de mortalité infantile n'augmente pas du fait d'une mauvaise prise en charge médicale des MNA. Cependant, l'aide médicale d'Etat reste une possibilité soumise à des conditions strictes. Cette aide existe à l'article L251-1 du CASF¹¹⁰, qui conditionne l'accès à la santé pour les étrangers à trois conditions. Pour obtenir l'aide médicale d'Etat, le mineur doit être présent de manière ininterrompue en France depuis trois mois, ne pas avoir de titre de séjour et ne pas disposer de ressources suffisantes pour assurer ses soins médicaux. Les conditions ne sont pas strictes, cela laisse donc une grande marge pour les MNA. Souvent, ils n'ont pas de titre de séjour ni de travail, ainsi, ils doivent seulement rester trois mois en France avant de pouvoir rentrer dans le système de santé. Néanmoins, le délai de trois mois peut être long dans des situations d'urgences. Certaines maladies ne peuvent pas se soigner sans aide médicale, elles nécessitent des soins plus ou moins importants. Ainsi quand un MNA est atteint d'une maladie, il peut avoir besoin de bénéficier d'une aide médicale immédiate, il ne peut pas forcément attendre trois mois pour obtenir des soins. Face à ce problème, le législateur a permis à des personnes qui ne résident pas en France d'avoir accès à l'aide médicale de l'Etat quand leur état de santé le justifie et sur autorisation du ministre chargé de l'action sociale¹¹¹. Il peut donc exister une prise en charge dans l'urgence du MNA si son état de santé rend cela nécessaire. Il est alors possible de se rendre compte que tout mineur présent en France a droit à des soins gratuits afin de maintenir un niveau sanitaire convenable. Le texte ne précise pas les soins qui sont pris en charge mais cela correspond à un remboursement à hauteur de 100% dans la limite des remboursements de la sécurité sociale. Ainsi, la prise en charge est globale, les limites de la sécurité sociale restent nombreuses mais cela ne constitue pas une différence selon le mode d'accès à la santé.

Cependant, il est nécessaire de remarquer que l'aide médicale de l'Etat n'est pas à durée indéterminée comme l'affiliation à la couverture médicale universelle. Normalement, l'affiliation à la sécurité sociale se fait pour une durée limitée à la vie de la personne. Pourtant, l'aide médicale de l'Etat est une aide temporaire à des étrangers en situation irrégulière. Ces personnes ne doivent pas rester sur le territoire si elles n'ont pas de documents le permettant. Une fois qu'elles ont un titre de séjour, elles pourront bénéficier de la couverture maladie universelle. Ainsi l'aide médicale de l'Etat n'est pas conçue comme une protection permanente mais temporaire. De ce fait, elle est accordée par la caisse primaire d'assurance maladie pour une durée d'un an. A la fin de ce délai, le renouvellement n'est pas automatique. Le MNA qui reste plus d'un an en France, en situation irrégulière devra faire une nouvelle demande d'aide médicale de l'Etat. La demande de renouvellement doit se faire dans un délai de deux mois avant l'expiration de la protection. La limitation dans le temps et la procédure de renouvellement ne sont pas très compliquées si le mineur est correctement informé de la procédure par la caisse primaire d'assurance maladie.

¹¹⁰ Article L251-1 alinéa 1 CASF « Tout étranger résident en France de manière ininterrompue depuis plus de trois mois, sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L160-1 du code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L861-1 de ce code a droit à l'aide médicale de l'Etat pour lui-même. »

¹¹¹ Article L251-1 alinéa 2 CASF « En outre, toute personne qui, ne résidant pas en France, est présente sur le territoire français, et dont l'état de santé le justifie, peut, sur décision individuelle prise par le ministre chargé de l'action sociale, bénéficier de l'aide médicale de l'Etat dans les conditions prévues à l'article L251-1. »

Néanmoins, cela vient limiter l'accès à une protection et à un système de santé pour les MNA ne bénéficiant pas de l'ASE.

L'aide médicale de l'Etat semble être un point positif pour conserver un accès à une santé pour les MNA qui n'ont pas l'argent nécessaire pour payer les frais médicaux. Néanmoins, l'aide médicale de l'Etat comporte un inconvénient majeur. Les mineurs pris en charge par l'ASE ont accès à la CMU et sont donc assimilés à n'importe quel enfant. Tous leurs soins médicaux primaires sont pris en charge totalement. Cela n'est pas le cas avec l'aide médicale de l'Etat, même si elle permet de maintenir un niveau de soin aux MNA qui ont été exclus de la protection de l'enfance. Puisqu'il n'est pas pris en charge, cela peut signifier que le mineur est considéré comme étant une personne majeure. Dans ce cas, il encoure un risque d'expulsion dès qu'une personne apprend qu'il est en situation irrégulière. Ainsi, un MNA malade qui souhaite mettre en œuvre l'aide médicale de l'Etat pour se faire soigner, prend le risque de faire connaître l'irrégularité de son séjour au personnel médical. Cette possibilité d'expulsion va entraîner des conséquences sur l'accès à l'aide médicale de l'Etat. Des mineurs malades ou qui ont besoin de soins d'urgence vont refuser de bénéficier de cette aide. Les MNA vont avoir peur de se faire soigner en raison d'une information possible de la préfecture. Les médecins sont normalement tenus au secret professionnel, cette information ne devrait pas être possible. Néanmoins, les MNA connaissent très mal leurs droits. S'ils sont au courant de la possibilité d'un accès aux soins et du secret professionnel, ils pourraient ne pas croire que leur situation irrégulière restera inconnue.

De ce fait, même si l'accès aux soins est garanti par l'Etat, la peur de l'expulsion pour les MNA qui ne sont pas pris en charge par l'ASE vient limiter la protection sociale offerte. Cela constitue encore une distinction entre les MNA pris en charge et ceux qui ne sont pas pris en charge. Les MNA soumis à l'ASE n'auront pas peur de bénéficier des soins qui leur sont offerts, car ils sont considérés comme des mineurs et ne peuvent pas se faire expulser. De plus, les MNA soumis à la protection de l'enfance sont affiliés à la CMU, il n'y a pas de considération sur la régularité de leur séjour. Aucune discrimination ne pourra être opérée dans la pratique envers les MNA pris en charge car la régularité ou non de leur séjour n'est pas connue, comparé aux MNA qui sont exclus de l'ASE. Il existe d'autres avantages dont bénéficient les MNA affiliés à la CMU.

2- Une discrimination dans l'accès au soin

Les MNA exclus de l'ASE doivent avoir connaissance de l'aide médicale de l'Etat pour en bénéficier. Un MNA qui se trouve dans la rue, qui a été exclu de l'ASE sans information et sans lien avec des associations ne saura pas qu'il existe une aide médicale pour les personnes en situation irrégulière résidant en France. En effet, les MNA vont devoir se tourner vers des associations telles que la CIMADE pour connaître l'existence de l'aide médicale de l'Etat et y avoir accès. Ces associations conseillent les mineurs sur leur droit et peuvent les aider à faire les formalités nécessaires pour jouir de ces droits. De plus, l'accès à l'aide médicale de l'Etat n'est pas automatique. Le MNA va devoir faire des démarches pour en bénéficier. Il faut faire une demande auprès de la caisse primaire d'assurance maladie qui dispose d'un délai de deux mois pour accorder ou non une carte d'affiliation à l'aide médicale de l'Etat au MNA. L'affiliation se fait sur dossier, il se peut que la caisse primaire d'assurance maladie refuse le bénéfice de l'aide médicale. Sa décision doit être motivée, selon l'article 251-1 du CASF, selon l'état de santé du mineur. Ainsi, il faut attendre que le mineur soit atteint d'une pathologie ou d'un trouble pour faire une demande. Le

délai de réponse de deux mois peut être trop long face à la nécessité d'une prise en charge médicale. Ainsi, les formalités à faire ne sont pas favorables pour la protection médicale du MNA. De plus, le MNA va devoir déposer un dossier pour obtenir l'aide médicale de l'Etat. Il n'est pas aisé pour un mineur étranger de faire des formalités seul. Souvent, le MNA ne parle pas ou très peu français, il arrive que ce jeune ne sache pas lire ou écrire. Dans ce cas, il ne pourra pas déposer le dossier. Les associations sont alors présentes pour aider les MNA à faire ce type de demande. Néanmoins, il faut que le MNA soit entré auparavant en contact avec des associations. Sans ces dernières, le bénéfice de l'aide médicale de l'Etat n'est pas optimal.

A côté de cela, les MNA pris en charge par l'ASE doivent eux aussi faire un dossier pour demander leur affiliation à la couverture maladie universelle. Cependant, ils ne le feront pas seuls. Les MNA au sein de la protection de l'enfance sont vus comme des mineurs, ils sont donc incapables juridiquement. Ils ne peuvent pas faire les formalités d'affiliation. Les travailleurs sociaux vont alors effectuer toutes les formalités nécessaires pour que le MNA soit affilié en son propre nom à la sécurité sociale via la couverture maladie universelle. Ainsi, l'entrée dans le système de santé va être fait automatiquement par un travailleur social à la suite d'une ordonnance de placement au sein de la protection de l'enfance. L'accomplissement de ces formalités est une obligation de l'ASE. Un MNA soumis à l'ASE a donc systématiquement accès à des soins si sa santé le commande.

Généralement, quand un enfant est affilié à la sécurité sociale, il est affilié au nom de ses représentants légaux jusqu'à l'âge de 16 ans et devient capable de prendre des décisions seul concernant sa santé à l'âge de 18 ans. Les représentants légaux doivent prendre les décisions pour la santé de l'enfant au titre de l'autorité parentale. Néanmoins, il est difficile pour l'ASE de prendre les décisions médicales en nom et lieu de tous les enfants présents dans le système de protection de l'enfance d'un département. Les parents concernent normalement cette faculté, même en cas de placement de l'enfant. Les MNA n'ont pas de parents pour prendre les décisions médicales en leur nom. Normalement, les décisions concernant la santé des MNA devraient donc être prises par l'ASE et les travailleurs sociaux. Pourtant, le législateur a décidé de laisser aux mineurs le choix en matière de santé. Le MNA va gérer seul la matière médicale le concernant, cela au titre de l'article L111-5 du CSP¹¹². Cette possibilité permet de simplifier et de laisser le mineur s'adapter au système de santé médicale. Cela permet d'éviter d'imposer des actes médicaux à des enfants qui n'ont pas l'habitude de consulter des médecins. La filiation à titre personnel du mineur et en son nom permet aussi à l'ASE de ne pas être engorgée par les décisions médicales. Les MNA occupent actuellement énormément de place à la protection de l'enfance, laissant peu de place aux mineurs français. Ainsi, les travailleurs sociaux devraient prendre beaucoup de décisions en matière médicale. Cela pourrait entraîner des décisions hâtives, sans prendre le temps de connaître les besoins du mineur, ce qui ne serait pas compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Pourtant, cette possibilité d'affiliation à titre individuel est une bonne chose quand l'enfant est déjà assez âgé et qu'il peut prendre les décisions conformément à ses besoins. Quand l'enfant est encore jeune, il ne sera pas capable de savoir ce qui est bon pour sa santé ou non. Si un MNA arrive très jeune en France, l'ASE devra quand même prendre les décisions pour lui. Il faut rappeler que la plupart des MNA ont plus de

¹¹² Article L111-5 alinéa 2 CSP « Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis. »

16 ans, ainsi la possibilité de prendre des décisions seul pour leur santé, conformément à leur parcours de vie et leurs croyances.

Tous les MNA sont alors affiliés en leur nom propre, sans avoir besoin d'un représentant légal pour prendre les décisions médicales à leur place. Cela s'applique à tous les MNA sans distinction. Cette affiliation permet de pallier l'absence des représentants légaux et d'obtenir des décisions médicales plus rapidement.

L'accès à un système de santé est important pour maintenir un niveau sanitaire élevé en France et éviter la propagation de maladie dans le pays et en Europe. Ainsi, la France a mis en œuvre des modalités d'affiliation pour que tout MNA puisse bénéficier d'un accès au soin peu importe sa situation, qu'il soit ou non considéré comme un mineur. Cela constitue une protection importante et primordiale. L'état de santé conditionne en partie le niveau de vie d'une personne. Si elle est malade, elle ne pourra pas vivre décemment. La protection d'un enfant passe donc par la protection de sa santé. Sur ce plan, les MNA semblent convenablement protégés. Pourtant, il faut noter que sans les associations les MNA exclus de l'ASE n'ont pas accès au système de soins. Lors de la décision de majorité, il est important que le département informe de la possibilité d'accès à l'aide médicale de l'Etat. A défaut, les deux catégories de MNA ne sont pas couvertes de la même façon et la protection médicale tombe quand la décision d'exclusion de l'ASE est prononcée. Enfin, l'accès à la santé passe aussi par la prise en compte du parcours migratoire et de l'état psychologique des mineurs. Cette prise en charge n'est pas uniforme entre tous les MNA.

B- Un impact important sur la santé du parcours migratoire

En France, il existe une préoccupation sanitaire importante, notamment face à la situation des MNA. C'est pourquoi, il existe une couverture maladie pour toute personne présente en France, mineure comme majeure, en situation régulière ou non. Quand le département a connaissance de la présence d'un MNA sur son territoire, il doit donc connaître son état de santé afin d'éviter la propagation de certaines pathologies en France. Il faut maintenir un niveau sanitaire dans le pays, l'arrivée de migrants en situation irrégulière permet l'entrée de maladies sur le territoire national sans aucun contrôle ou mise sous quarantaine préventive. Un MNA peut venir d'un pays qui connaît des maladies qui n'existent pas en France, telles que la dengue, la fièvre jaune ou la peste.

Les mineurs qui sont découverts par le département font l'objet de la procédure de mise à l'abri pendant une durée normale de 5 jours, puis d'une procédure de détermination de l'âge si nécessaire. Pendant ce délai, le département devrait mettre en œuvre une visite médicale pour s'assurer de l'état de santé du mineur. Cependant, cela n'est pas une obligation légale. Aucun texte ne vient imposer une visite médicale obligatoire. Le législateur n'a pas pris en compte la nécessité de s'assurer de l'état de santé du mineur, alors même que cela constitue une préoccupation nationale, en plus d'être une nécessité pour la protection de la vie et des besoins de l'enfant. De ce fait, chaque département va avoir sa propre politique sur le recours à un examen médical à l'arrivée du MNA au sein de la procédure de mise à l'abri. La visite médicale aura toujours lieu quand le mineur aura des symptômes physiques de sa maladie. Cependant, en cas de maladies qui ne peuvent pas se voir ou pour des maltraitances pendant son parcours migratoire qui ne sont pas visibles, aucun examen médical ne sera fait automatiquement. La santé des mineurs n'est donc pas assurée pendant cette procédure. Cependant, de plus en plus de départements demandent aux travailleurs sociaux d'emmener les MNA effectuer une visite médicale systématique. C'est le cas notamment

du département de l'Isère. Dans cette collectivité, avant 2018, tous les MNA faisaient l'objet d'une simple visite médicale pendant la procédure de mise à l'abri puis d'un examen médical complet sur leur état de santé général une fois admis à l'ASE. Désormais, l'évaluation de l'âge se fait le jour de l'arrivée du mineur sur le territoire local. Ainsi, les MNA ont accès à un examen complet uniquement quand ils sont déclarés mineurs et qu'ils font l'objet d'une mise à l'abri en attendant l'ordonnance de placement à l'ASE. De ce fait, tout MNA a droit à son examen médical et son état de santé est contrôlé. Pourtant, les MNA déclarés majeurs sont privés de l'examen médical. S'ils ne sont pas en bonne santé, ils vont devoir se tourner vers les associations et obtenir l'aide médicale de l'Etat. Ils auront donc nécessairement besoins d'avoir accès aux informations dès leur exclusion de l'ASE pour pouvoir se faire soigner. Le département ne fait pas attention à la santé des personnes qui sont exclus, nonobstant la nécessité de maintenir un niveau sanitaire. Seuls les MNA admis à la protection de l'enfance ont accès rapidement à un examen médical pour connaître leur état de santé. Quand un MNA est considéré comme mineur, la santé reste une préoccupation importante pour les autorités publiques et doit être protégée au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour arriver en France, les MNA ont dû traverser de nombreux pays, avec l'aide de passeurs, payer avec de l'argent qu'ils n'avaient pas. Le voyage n'est pas une chose facile. Beaucoup de MNA font l'objet de traumatismes importants à la suite de cette migration. Ces mineurs ont été confrontés à de dures épreuves. Certains ont dû fuir leur pays en raison de menaces de mort sur leur personne ou leur famille, d'autres ont vu leurs parents se faire tuer, d'autres encore ont été embrigadés dans des trafics d'êtres humains. Les jeunes filles sont souvent embarquées dans des réseaux de proxénétismes. Les enfants ont pu s'en sortir seuls au cours de leur parcours migratoire alors que d'autres ont quitté les réseaux et les passeurs grâce à leur prise en charge par les services de protection de l'enfance. Ainsi, le parcours migratoire de leur pays d'origine vers la France constitue des traumatismes pour les enfants qui doivent être pris en compte. De plus, les causes du départ vers l'Europe ou la France représentent aussi des traumatismes pour ces derniers. En effet, certains ont dû fuir leur pays en raison d'une insécurité importante. Il se peut que dans le pays d'origine, il y ait des guerres mettant en danger la population civile. La vie de l'enfant était en danger dans son pays, il a pu être confronté à la mort avant d'avoir eu le temps de quitter le pays. Cela constitue encore des éléments traumatisants pour un enfant et pour toute personne.

Ces traumatismes vécus par les enfants sont d'ordre psychologique, ce sont des dommages psychologiques ou psychiques résultants d'événements dramatiques vécus ou de toute forme de violence morale ou physique. Ces traumatismes se traduisent par un stress important chez les enfants. Cela peut donner lieu à des cauchemars, des crises d'angoisse, de l'anxiété et même aller jusqu'à une dépression. Les traumatismes subis par les MNA peuvent donc avoir des conséquences importantes sur leur santé et leur vie. Il est alors nécessaire de mettre en place une prise en charge psychologique immédiate pour lutter contre ces dommages liés au parcours migratoire. Le mineur sujet à des traumatismes psychologiques doit pouvoir avoir accès à des soins, notamment être suivi par un psychologue. Les mineurs qu'ils soient affiliés à la couverture maladie universelle ou à l'aide médicale de l'Etat peuvent obtenir des soins psychologiques gratuits via des centres médico-psychologique. En cas de recours à des professionnels indépendants, les soins ne sont pas remboursés. Les MNA doivent donc être informés précisément sur les formalités de cette prise en charge spécifique pour obtenir un suivi gratuit.

Les MNA comprennent rarement d'eux même qu'ils ont besoin d'un suivi psychologique pour lutter contre leur traumatisme. Certains peuvent ignorer cette possibilité car elles n'existent pas dans leur pays. Il faut donc qu'ils soient confrontés à des personnes compétentes en matière psychologique pour détecter les troubles et donner les bonnes informations. Quand les MNA sont exclus de la protection de l'enfance, ils doivent nécessairement se retourner vers des associations. Ces derniers ont souvent accès à des bénévoles spécialisés dans les troubles psychologiques. Ces derniers seront capables de comprendre que le mineur est atteint d'un stress post-traumatique et pourra l'aider à faire les formalités pour obtenir un accès au soin psychologique via l'aide médicale de l'Etat. C'est le cas notamment de la CIMADE, cette association dispose de bénévoles formés afin d'aider au mieux les MNA en détresse psychologique. Mais là encore, le mineur doit être informé au préalable de la possibilité de se retourner vers des associations spécialisées dans la question des MNA, quand le département ou le juge a refusé son entrée dans la protection de l'enfance. Les MNA affiliés à la CMU grâce à leur prise en charge par l'ASE doivent aussi passer par des centres médico-psychologiques. Cependant, leur accès est simplifié. Les mineurs au sein de l'ASE sont confrontés régulièrement à des travailleurs sociaux qui veillent à leur bien-être et leur protection. Lors de leurs entretiens fréquents avec ces professionnels, ils pourront faire part des traumatismes qu'ils connaissent. Il se peut qu'un mineur ne puisse parler que des symptômes sans pouvoir identifier les dommages traumatiques qui sont liés. Le travailleur social pourra alors évaluer l'état psychologique du MNA. Une fois que cela est établi, ce professionnel aura la possibilité d'envoyer le MNA vers un centre médico-psychologique afin qu'il soit pris en charge et qu'il puisse se faire soigner. Ainsi, un MNA soumis à l'ASE aura accès plus facilement à des soins psychologiques qu'un MNA qui en est exclu ; ce dernier doit se référer à des associations compétentes pour obtenir les informations nécessaires. Il existe donc une différence de traitement sur les conséquences des dommages traumatiques. Pour autant, il faut noter que les associations peuvent bénéficier de bénévoles formés dans les traumatismes psychologiques. Cela n'est pas forcément le cas des travailleurs sociaux. Ces derniers font l'objet d'un manque de formation en la matière. Concernant leurs compétences théoriques, ils doivent être capables d'identifier les traumatismes liés au parcours migratoire d'un MNA et de l'orienter vers les centres médico-psychologiques. Néanmoins, en pratique, il faut se rendre compte que les travailleurs sociaux ne savent pas identifier les symptômes d'un stress post-traumatique, ils ne sauront pas assimiler les cauchemars et la dépression à ce type de pathologie. Souvent, les symptômes seront compris comme une difficulté à s'adapter au nouveau mode de vie, à sa famille d'accueil ou au foyer et à la culture française. Les travailleurs sociaux ne sont pas soumis à une formation obligatoire en matière de traumatismes psychologiques. Il n'existe donc pas de spécialisation ou même de simple formation des travailleurs sociaux pour répondre à ce besoin des MNA. Ce manquement constitue une limite à la protection de la santé des MNA par l'ASE.

De ce fait, les MNA pris en charge par l'ASE n'ont pas accès aux informations nécessaires pour obtenir des soins psychologiques adaptés. Ainsi, la différence de traitement qui existe en théorie sur l'accès à ces soins, disparaît dans la pratique puisque les professionnels de la protection de l'enfance ne sont pas formés pour identifier les troubles psychologiques. Les deux catégories de MNA sont donc placées sur un même pied d'égalité, alors que les MNA soumis à l'ASE devrait pouvoir obtenir une aide plus facilement que les autres MNA.

L'état de santé des mineurs doit être une considération primordiale des autorités publiques afin de satisfaire les exigences de l'article 3§1 de la CIDE, concernant l'intérêt supérieur de l'enfant. Pourtant, même si tout MNA a droit à une couverture maladie et à la sécurité sociale, l'accès à des soins n'est pas uniforme. Les MNA pris en charge par l'ASE ont accès à des soins plus facilement que les MNA qui en sont exclus. Ces derniers ont droit aux mêmes soins médicaux. Cependant, ils n'ont pas accès aux informations nécessaires, ils sont facilement confrontés à la barrière de la langue, au problème d'analphabétisme ou d'affaiblissement par la maladie ou les traumatismes psychologiques. Le suivi par des professionnels de la protection de l'enfance est donc nécessaire pour assurer la prise en charge médicale. Il faut noter que l'état de santé est une donnée importante dans la protection d'une personne. Cette protection se base sur les conditions de vie des enfants, pour maintenir un niveau de vie convenable, il ne faut pas seulement avoir accès à un hébergement, une alimentation et une scolarité. Il faut que l'enfant ait accès à des soins dont il a besoin pour son état de santé. Ainsi, il existe des différences de traitements entre les mineurs qui ont accès à la protection de l'enfance et ceux qui n'ont accès à aucune protection. Pourtant, parmi les mineurs admis à l'ASE, les pratiques des départements vont jouer sur la protection médicale des MNA. Deux MNA pris en charge par deux départements différents, n'auront pas accès de la même manière au système de santé en raison de la politique de ces départements.

L'accès à la santé n'est pas le seul point qui permet de mettre en avant les différences de traitements entre tous les MNA, qu'ils soient pris en charge ou non, et selon leur département d'affectation. Une fois adulte, les MNA ont besoin d'un titre de séjour pour rester en France. L'obtention de cette formalité administrative est complexe et donne lieu à des discriminations.

Paragraphe II : Une différence d'accès à la régularité du séjour

Un mineur qui ne dispose pas de titre de séjour pour rester en France est soumis au principe de l'impossibilité d'expulsion. Pendant toute sa minorité, une personne ne sera pas contrainte de quitter le territoire. Cependant, à la majorité cette impossibilité d'expulsion disparaît. Un MNA va être prise en charge par la protection de l'enfance jusqu'à ses 18 ans, une fois la majorité obtenue la protection de l'enfance s'arrête. Il est alors possible de basculer vers un contrat jeune majeur afin de continuer un accompagnement du mineur au début de sa majorité, notamment pour finir une formation ou des démarches pour décrocher un emploi. Néanmoins, un contrat jeune majeur ne permet pas de protéger un ancien MNA de l'expulsion. Pour bénéficier de ce type de contrat, l'intéressé doit obtenir au préalable un titre de séjour et donc régulariser sa situation en France. Cette nécessité de régularisation du séjour est encore plus importante pour les MNA qui ont été écartés de la protection de l'enfance. Ces derniers sont des mineurs mais ils encourent une expulsion en raison de la déclaration de majorité qui a été prononcée à leur encontre. Ainsi, tous les MNA ont besoin à un moment d'obtenir des documents attestant de la régularité de leur séjour en France.

Pourtant, la complexité de la procédure ne va pas impacter ces deux catégories de MNA de la même manière, ils ne seront pas accompagnés par les mêmes acteurs. Ces différences existent dans la procédure pour obtenir un titre de séjour (A) comme pour la procédure de demande d'asile (B).

A- L'obtention d'un titre de séjour

L'article L311-1 du CESEDA¹¹³ précise que toute personne de plus de 18 ans doit obtenir un titre de séjour après un délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire français. Suite à ce délai, il est considéré en situation irrégulière. L'obtention d'un titre de séjour est donc primordiale. Un MNA qui devient adulte est présent en France depuis plus de trois mois, dans la plupart des cas avant sa majorité. Ainsi, au jour de sa majorité, il doit nécessairement avoir un document de séjour pour ne pas encourir une expulsion. Il dispose alors d'un délai de deux mois depuis sa majorité pour demander un titre de séjour. Il est alors indispensable pour un MNA de procéder aux formalités administratives pour obtenir un titre de séjour avant sa majorité. Cependant, un MNA doit bénéficier de l'aide d'une personne adulte ayant l'autorité parentale sur sa personne pour obtenir un titre de séjour (1). Le MNA n'aura pas accès à tous les titres de séjour qui existent en droit des étrangers, il fait l'objet de règles stricts (2).

1- Une représentation nécessaire du mineur non accompagné

Le MNA est une personne mineure, de ce fait, il est incapable juridiquement. Il ne peut pas procéder seul aux formalités administratives, il doit être assisté d'un adulte. Quand le MNA est admis à l'ASE, les travailleurs sociaux pourront l'aider à avoir un titre de séjour. Pour cela, il existe encore le problème de la formation de ces professionnels, sachant que les procédures

¹¹³ Article L311-1 alinéa 1 CESEDA « Sous réserve des engagements internationaux de la France ou de l'article L121-1, tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois doit être titulaire de l'un des documents de séjours. »

administratives en droit des étrangers sont assez compliquées. Il existe un grand nombre de titres de séjour. Le travailleur social doit pouvoir identifier le titre de séjour auquel peut prétendre le MNA. Cependant, l'obtention d'un titre de séjour reste possible pour les mineurs soumis à la protection de l'enfance. Il faut noter que pour pouvoir effectuer les formalités au nom du MNA, l'ASE doit avoir reçu au préalable une délégation de l'autorité parentale par le JAF en qualité de juge des tutelles. Si cette délégation n'a pas été prononcée, l'autorité parentale est toujours entre les mains des parents du MNA. Ces derniers n'étant pas présents sur le territoire français, ils ne pourront pas effectuer les formalités administratives. Le mineur n'aura pas la possibilité de faire les démarches pour obtenir un titre de séjour. Il est donc important pour un MNA pris en charge par l'ASE qu'une délégation de l'autorité parentale ait été prononcée en faveur de l'ASE et que les travailleurs sociaux soient convenablement formés au droit des étrangers.

Concernant les MNA exclus, une difficulté se pose, ce jeune a souvent été déclaré comme étant majeur par le département. De ce fait, il doit pouvoir procéder seul aux formalités administratives pour obtenir un titre de séjour. Cependant, ses documents d'identité démontrent qu'il est mineur, les autorités administratives vont alors refuser qu'il effectue la demande en son propre nom sans être accompagné de son représentant légal. Il est donc difficile de savoir devant les autorités administratives si la déclaration de majorité faite par le président du conseil départemental doit être respectée. Le nouveau fichier biométrique d'appui à l'évaluation de la minorité donne une idée pour résoudre ce problème. En effet, avec ce fichier, le département et la préfecture coopèrent pour déterminer l'âge. Ainsi dans les départements qui mettent actuellement en place le fichier, la déclaration de minorité ou de majorité est inscrite dans le fichier, la préfecture va donc respecter la décision du département. Cependant, cela n'existe pour le moment que dans trois départements. Les autres départements mettent en œuvre leurs propres politiques. Certains préfets vont suivre la décision du président du conseil départemental. D'autres vont décider d'accorder la présomption de minorité au MNA qui se présente. Dans ce dernier cas, les autorités administratives doivent avertir le Procureur de la République de la présence d'un MNA non pris en charge. Ce dernier va devoir nommer un administrateur ad hoc pour représenter le mineur dans cette procédure. Il existe là encore des difficultés. Le Procureur pourra décider de suivre la décision de majorité du département et ne pas désigner un administrateur ad hoc. Sans ce tiers, un mineur qui ne dispose pas de représentants légaux ne peut pas agir devant les autorités administratives comme devant les autorités judiciaires. Il ne peut donc pas faire la demande d'un titre de séjour. Il est alors difficile de savoir comment un MNA doit être traité, s'il doit être considéré comme un majeur ou un mineur. Chaque département va mettre en place sa propre politique, jusqu'au moment où le fichier biométrique sera mis en place sur tout le territoire national.

On constate donc qu'il y a une grande différence de traitement entre les MNA. La procédure de détermination de l'âge est centrale face au traitement futur du mineur concernant l'accès à un titre de séjour. Un mineur déclaré mineur va entrer dans la protection de l'enfance, il aura droit à l'aide des travailleurs sociaux pour effectuer des démarches. Si le mineur est déclaré majeur, il ne sait pas s'il aura accès à un administrateur ad hoc pour le représenter. Il a toujours la possibilité de se retourner vers des associations pour connaître ses droits. Cependant, ces derniers n'ont pas compétence pour désigner un administrateur ad hoc si nécessaire. Ils pourront seulement avoir recours à des avocats pour donner une chance au mineur de faire reconnaître ses droits et l'aider au mieux à faire les démarches administratives. L'accès aux formalités pour obtenir un titre de séjour n'est pas garanti pour un MNA.

Dans la catégorie des mineurs qui ne sont pas entrés dans la protection de l'enfance, il existe des MNA qui n'ont pas été découverts par les services départementaux. Dans ce cas, quand ils vont se présenter pour obtenir un titre de séjour, la préfecture va avertir le Procureur de la République qui va désigner un administrateur ad hoc. Cette nomination sera automatique. Il arrive néanmoins que des cas où le Procureur de la République n'est pas averti ou qu'il ne désigne par l'administrateur ad hoc. A ce moment-là, le MNA pourra se retourner vers des associations pour faire valoir ses droits. La situation est plus simple, le MNA doit être traité comme un mineur, en faveur de la présomption de minorité.

Ce même cas de figure doit pouvoir exister quand un MNA est placé dans une zone d'attente ou de rétention. Quand il existe un doute sur son âge, la présomption de minorité doit jouer et il doit pouvoir avoir accès à un administrateur ad hoc. Ce dernier a alors pour mission notamment de procéder à la demande d'un titre de séjour pour le mineur, quand il risque d'être déclaré majeur ou qu'il a bientôt 18 ans. La nomination de l'administrateur ad hoc en zone de rétention est possible depuis une loi de 2002¹¹⁴. La nomination d'un administrateur ad hoc est là pour protéger une personne considérée comme mineure privée temporairement de ses droits en raison d'une politique de lutte contre l'immigration. Cependant cette rétention d'un MNA ne doit pas bloquer l'accès à un titre de séjour. C'est pourquoi cette nomination permet de garantir les droits du mineur conformément au droit des étrangers et à la nécessité pour un mineur de se faire représenter.

Les MNA ne peuvent pas accéder de la même manière aux formalités pour obtenir un titre de séjour. Il faut au préalable trouver une personne ayant la compétence pour les représenter dans la procédure. Identifier le représentant du mineur n'est pas une chose facile, ce qui rend l'accès à un titre de séjour plus difficile pour les MNA. La complexité est accrue là encore pour les MNA qui ont été déclarés majeurs par le département. Cela s'accompagne d'une absence d'information pour ces derniers concernant le choix du titre de séjour auquel le mineur peut prétendre.

2- L'accès à un titre de séjour

Une fois que le MNA a une personne pour le représenter dans les formalités administratives, il doit déterminer le titre de séjour auquel il peut prétendre. Il existe de nombreux titres de séjour pouvant être de courte durée ou de longue durée, avec une condition commune que le demandeur ne constitue pas une menace pour l'ordre public.

Concernant les titres de séjour de courte durée, il existe des cartes de séjours pluriannuelles pour une durée de 4 ans, elles ne sont délivrées uniquement quand le demandeur a déjà été détenteur d'un premier titre de séjour qui a expiré. De ce fait, le MNA n'est pas concerné par ce type de titre de séjour. A côté, on retrouve les cartes de séjour temporaires, elles sont valables pendant 1 an et sont de cinq catégories différentes : visiteur, étudiant, stagiaire, salarié et pour vie privée et familiale. Chacune de ces cartes disposent de conditions propres pour être accordées à un étranger. Toutes ces cartes ont en commun d'exiger du demandeur une autonomie financière. Cette condition sera mise en œuvre par un MNA si ce dernier a déjà obtenu une autorisation de travail de la DIRECCTE et a donc un emploi pour subvenir à ses besoins. Cela est aussi le cas, si le MNA a souscrit un contrat jeune majeur avec le département qui l'avait accueilli au titre de la protection

¹¹⁴ Loi du 4 mars 2002, n°2002-305, relative à l'autorité parentale.

de l'enfance. Cependant, un contrat jeune majeur nécessite un titre de séjour. Il est donc difficile d'articuler les deux formalités puisqu'elles sont une condition préalable l'une à l'autre.

Un MNA ne peut pas faire l'objet d'une carte de séjour « visiteur », par principe il ne vient pas rendre visite à des personnes en France. Il pourrait faire l'objet des quatre autres cartes de séjours. La carte de séjour « étudiant » nécessite que le demandeur suive une formation ou un enseignement et limite la possibilité d'occuper un emploi à 60% de la durée de travail annuelle. Un MNA qui souhaite continuer sa formation après sa majorité, afin d'obtenir son diplôme ou alors de commencer des études supérieures après avoir réussi son baccalauréat en France, pourra demander une carte de séjour « étudiant ». Ensuite, il lui est possible de demander une carte de séjour « salarié » s'il occupe une activité professionnelle sous contrat de travail à durée déterminée pendant la durée de son séjour en France. La carte de séjour « stagiaire » nécessiterait que le MNA soit en stage mais il faut des conventions de stage particulières. Faire la demande de ce type de carte de séjour est compliquée.

Enfin, il existe la carte de séjour « vie privée et familiale », elle nécessite des moyens financiers pour subsister en France et permet à la personne qui en est titulaire d'exercer une activité professionnelle. La condition pour obtenir cette carte de séjour est assez vague, la personne ne doit pas pouvoir prétendre à un autre titre de séjour et doit répondre aux exigences de l'article 8 de la CESDH. L'article L313-11 du CESEDA indique précisément les personnes pouvant prétendre à obtenir ce titre de séjour. Ainsi, cette carte permet principalement à des personnes de plus de 18 ans résidant depuis leur minorité en France avec au moins un de ses parents, à des parents dont l'enfant vit régulièrement en France et à des étrangers en raison de leur état de santé. Le texte précise expressément le cas des MNA¹¹⁵. Le législateur a permis l'accès à la carte de séjour « vie privée et familiale » pour les MNA dans l'année de leurs 18 ans, quand ce dernier a été pris en charge par l'ASE avant ses 16 ans. De plus, la préfecture va demander son avis au service de la protection de l'enfance sur l'insertion du MNA en France, si celui-ci semble s'adapter correctement et cherche à s'insérer dans la société. Il faut que le MNA ait suivi aussi une formation en France, il doit donc être scolarisé et faire preuve d'assiduité dans cet enseignement. Ainsi, n'importe quel MNA ne pourra pas réussir à obtenir cette carte de séjour. Les conditions sont strictes. Un MNA qui ne doit pas montrer l'envie de quitter la France pour aller vers un autre pays ou retourner dans son pays d'origine, n'obtiendra pas ce titre de séjour. Il en va de même s'il ne va pas à l'école ou qu'il n'est pas scolarisé. De plus, un mineur qui n'a pas été pris en charge après l'âge de 16 ans ne pourra pas non plus prétendre à cette carte de séjour. Cela constitue une discrimination en fonction de l'âge d'arrivée en France mais aussi avec les mineurs déclarés majeurs par le département. Un MNA qui arrive après 16 ans ne pourra pas obtenir une carte de séjour « vie privée et familiale ». Le législateur explique ce choix en disant que cette carte de séjour se fonde sur le droit au respect de la vie privée et familiale défendu par l'article 8 de la CESDH. Pour cela, le mineur doit avoir eu le temps de créer des attaches avec France et il doit inscrire sa vie, notamment sa vie privée dans ce pays. Sans cela, sa vie privée et familiale ne peut pas être établie en lien avec le territoire français et ne justifie pas la délivrance du titre de séjour. Ce raisonnement peut se comprendre et permet

¹¹⁵ Article L313-11 alinéa 1, 3° CESEDA « Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit : 2°bis – A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L311-3, qui a été confié, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de seize ans, au service de l'aide sociale à l'enfance et sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation, de la nature de ses liens avec la famille restées dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. »

d'éviter de donner un titre de séjour à toute personne qui souhaite rentrer sur le sol français pour une durée supérieure à 3 mois. Pourtant, cela vient créer une discrimination entre les MNA qui sont arrivés assez jeunes pour être pris en charge par l'ASE avant leurs 16 ans, les MNA qui ont fait l'objet d'une procédure de détermination de l'âge ayant conclu à leur majorité ou encore les MNA qui ont été admis après l'âge de 16 ans. De plus, la procédure pour être admis au sein de l'ASE peut être longue, les mineurs doivent parfois attendre plusieurs mois avant d'obtenir une ordonnance de placement. Il arrive même que des mineurs attendent plus d'un an. Ce délai d'un an est alors préjudiciable. La préfecture va retenir l'âge de l'admission à la protection de l'enfance du MNA demandeur de la carte de séjour « vie privée et familiale » et non l'âge d'arrivée sur le territoire français ou du dépôt de la demande d'entrée à l'ASE. Cela est attentatoire pour les mineurs qui ont dû attendre longtemps avant d'obtenir l'ordonnance de placement. Il faudrait prendre en compte l'âge d'arrivée ou de la demande de placement.

Il existe en outre des titres de séjour à courte durée, des titres de séjour longue durée. On retrouve les cartes de résidents pour une durée de 10 ans qui seront accordés en fonction de l'intégration du demandeur dans la société française. Elle ne peut pas être accordé à tout le monde, elle se restreint à une liste limitative de personnes, telle que le conjoint d'une personne française. Il existe aussi les cartes de résident permanentes, qui n'ont pas de durée limitée, la personne doit respecter les valeurs républicaines et être intégrée dans la société. Elle ne peut être accordée qu'à l'expiration d'une carte de résident. La délivrance de ce type de carte est soumise au pouvoir discrétionnaire du préfet. Les MNA n'auront pas réellement la possibilité de demander un titre de séjour longue durée, la condition d'intégration dans la société est rarement remplie. De plus, le préfet va souvent faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour refuser une carte de séjour permanente à un MNA, du fait qu'il est en France depuis peu d'années et sans forcément d'avenir professionnel et familial établi.

Il faut se rendre compte qu'il existe énormément de titres de séjour différents qui répondent à des conditions propres. L'articulation entre tous ces titres est très complexe. Le MNA doit être accompagné pour ne pas se tromper. Il faut qu'une personne lui donne les informations utiles et puisse identifier la carte de séjour à laquelle il peut prétendre afin de ne pas perdre de temps à faire des demandes pour un titre de séjour qu'il ne peut pas obtenir. Un MNA seul aura du mal à comprendre la procédure et les différences entre les types de séjour. On se rend compte qu'un MNA qui n'est pas pris en charge par l'ASE aura plus de mal à accéder à une carte de séjour, il pourra prétendre seulement à une carte de séjour « salarié » ou « étudiant ». Il a besoin des associations pour l'aider dans ces démarches. Face à cela, les MNA qui ont été pris en charge par l'ASE avant 16 ans pourront prétendre aux mêmes titres de séjour ainsi qu'à la carte de séjour « vie privée et familial ». Ils ont donc plus de chance d'obtenir la régularisation de leur situation en France, au moins pour un an. De plus, ils auront l'appui des travailleurs sociaux, même si ces derniers ont besoin d'une formation importante pour comprendre la procédure et les spécificités de chacun des titres.

L'accès à un titre de séjour n'est donc pas uniforme pour tous les MNA, il existe bien des différences de traitement. La protection administrative des mineurs est donc mise à mal par le droit des étrangers et la lutte contre l'immigration. Cette difficulté de régulariser le séjour des mineurs et de maintenir un accompagnement arrivé à la majorité est accrue pendant une demande d'asile.

B- La complexité de la demande d'asile

Le droit des étrangers et de la demande d'asile est en perpétuel évolution. Le législateur et le gouvernement vont apporter des modifications régulières à la procédure. Le droit d'asile a été posé par une loi du 25 juillet 1952¹¹⁶. Il y a eu une première grande réforme le 10 juillet 2003¹¹⁷ en mettant en place un guichet unique de traitement des demandes par l'OFPRA. Ensuite, la loi du 29 juillet 2015¹¹⁸ transpose les dispositions des directives européennes de 2013¹¹⁹ concernant les délais moyens de traitement des demandes d'asile et le renforcement des garanties accordées par cette protection. Enfin, la dernière réforme majeure est la loi du 10 septembre 2018 qui pose un nouveau fichier biométrique concernant les MNA. Le droit international impacte de manière conséquente le droit d'asile français. Cela ne vient pas simplifier cette procédure déjà complexe et mouvante (1). Le législateur a pu cependant apporter des éléments afin d'aider les MNA à avoir accès à une demande d'asile (2), même si cette procédure n'est toujours pas adaptée.

1- Le mécanisme du droit d'asile

La demande d'asile a été reconnue par la Convention de Genève du 28 juillet 1951¹²⁰. Cette convention a été élaborée par les Nations Unies pour protéger les apatrides et les réfugiés suite aux deux guerres mondiales et à la Shoah. Cette convention crée une définition internationale du statut de réfugié comme étant « *toute personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans laquelle elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.* »¹²¹ La notion de réfugié est donc très large et permet de s'appliquer à toute personne se trouvant en danger dans son pays d'origine sans que ce pays ne puisse lui apporter de l'aide. Un réfugié peut alors procéder à une demande d'asile dans un autre pays afin d'obtenir une protection. La demande d'asile est la formalité administrative nécessaire pour accéder au statut de réfugié dans un pays.

Ensuite, la communauté européenne a mis en œuvre en 1990 la Convention de Dublin afin de déterminer l'Etat compétent pour connaître d'une demande d'asile. Cette convention s'est transformée en le 26 juin 2013 en règlement de l'Union Européenne « Dublin III »¹²². Ce règlement pose les critères pour déterminer l'Etat membre compétent pour examiner la demande d'asile qui a été déposée par un ressortissant d'un Etat tiers ou d'un apatride dans un Etat membre de l'Union Européenne. Par principe, l'Etat membre responsable de la demande d'asile est l'Etat par lequel le demandeur d'asile est entré en Europe. A défaut, sera compétent l'Etat membre ayant accordé un visa au demandeur d'asile. Cependant, le règlement a mis en place des critères familiaux pour déterminer cette compétence. Ces critères ont été créés notamment pour prendre en compte la situation de MNA et permettre de retrouver leur famille qui se trouve sur le territoire d'un autre

¹¹⁶ Loi du 25 juillet 1952, n°52-893, relative au droit d'asile.

¹¹⁷ Loi du 10 décembre 2003, n°2003-11776 modifiant la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

¹¹⁸ Loi du 29 juillet 2015, n°2015-925, relative à la réforme du droit d'asile.

¹¹⁹ Directive 2013/32/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013 et Directive 2013/33/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013, dit « paquet asile ».

¹²⁰ Convention du 28 juillet 1951, relatives au statut des étrangers.

¹²¹ Article 1^{er} A2 Convention de Genève du 28 juillet 1951.

¹²² Règlement UE n°604/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013.

Etat membre. De ce fait, quand un Etat membre a déjà octroyé une protection à l'un ou à plusieurs membres de la famille du demandeur d'asile, il sera compétent pour examiner la demande de protection internationale. En d'autres termes, quand un MNA est arrivé en Europe avec sa famille mais qu'ils se sont séparés, sa demande d'asile sera effectuée par l'Etat ayant accordé une protection à sa famille. A défaut, sa demande devra se faire auprès de l'Etat par lequel il est entré en Europe, ou par celui qui lui a déjà accordé un visa ou titre de séjour. Le règlement a voulu prendre en compte la situation des MNA en intégrant un critère familial. Pour autant et pour simplifier les choses, le règlement n'est pas allé assez loin. Il aurait fallu poser un critère du lieu de résidence en cas de personne mineure isolée sur le territoire d'un Etat membre. Ainsi, quand un MNA est pris en charge par les services de protection de l'enfance d'un pays membre de l'Union Européenne, cet Etat aurait compétence pour statuer sur la demande d'asile, à condition qu'aucun autre Etat n'ait accordé de protection à la famille de ce dernier. Cela permettrait de laisser en priorité le critère de rattachement basé sur la présence de la famille en Europe mais à défaut, la protection civile accordée par un pays devrait être un critère de rattachement privilégié.

Il existe trois types de demande d'asile, en fonction de la situation de la personne : la protection conventionnelle, subsidiaire et constitutionnelle. La protection conventionnelle pourra être accordée quand la personne mineure ou majeure qui fait l'objet de persécutions effectives ou de craintes de persécutions d'une certaine gravité, provenant des autorités publiques ou quand ces dernières n'interviennent pas. Ces persécutions doivent se fonder sur des considérations de race, de nationalité ou d'appartenance à un groupe. Ainsi, si le demandeur retourne dans son pays, il sera la cible de menace ne raison d'une caractéristique qui lui est propre. Quand la protection conventionnelle ne peut pas être accordée, un MNA pourra demander la protection subsidiaire. Il faut qu'il encoure en retournant dans son pays un risque réel de peine de mort ou d'exécution, de tortures ou des traitements inhumains ou dégradants ou alors de menaces graves et individuelles contre sa vie ou sa personne en raison de violence découlant d'un conflit armée interne ou international. Pour obtenir une protection subsidiaire, le demandeur doit démontrer que les droits fondamentaux tenant à la protection de la vie et l'interdiction des actes de tortures et des traitements inhumains ou dégradants feront l'objet d'atteinte grave par son retour dans son pays. Enfin, il existe la convention constitutionnelle quand le demandeur fait l'objet de persécution dans son pays, sans intervention de l'Etat car il agit activement pour instaurer un régime démocratique. Cette dernière catégorie est donc une protection face à la liberté d'opinion politique. Elle ne va que très rarement toucher des MNA. Peu d'enfants sont engagés activement pour défendre leurs opinions politiques et créer d'un régime démocratique.

Un MNA pourra faire demander une protection conventionnelle ou une protection subsidiaire. Il va devoir montrer qu'il existe des menaces importantes à son encontre et notamment que cela a constitué la raison du départ de son pays. Le fait qu'il est isolé sur le sol français ne va pas avoir d'impact sur la qualité de réfugié en France. La demande d'asile a souvent été accordée à des mineurs en raison de risques de mutilations génitales des enfants et notamment de jeunes filles dans le pays d'origine. Le Conseil d'Etat¹²³ a pu juger que le risque de mutilations génitales constitue un traitement inhumain et donc des menaces contre la personne. Cette possibilité est celle qui touche le plus souvent les jeunes filles qui demandent l'asile. Il faut remarquer qu'il existe cependant

¹²³ Conseil d'Etat, Assemblée, 21 décembre 2012, n° 332491, inédit au recueil Lebon.

très peu de filles dans les MNA, ces dernières sont souvent prises dans des réseaux de proxénétisme. Face à ce risque majeur de mutilation, l'article L752-3 du CESEDA¹²⁴ précise que si une protection a déjà été accordée, elle ne peut pas être retirée à la suite d'un examen médical qui conclut à l'absence de mutilation génitale. Cet article est important, il permet de mettre en avant le risque de mutilation face à la réalisation de cette dernière. Le risque devient donc suffisant pour obtenir le droit d'asile.

Il existe donc des cas spécifiques aux MNA pour accéder à une protection. Les mineurs sont des personnes particulières en raison de leur vulnérabilité. Cette particularité a été prise en compte par le législateur, permettant d'augmenter la marge d'appréciation des menaces et des persécutions pesant sur les MNA. Dans la théorie du droit d'asile, tous les mineurs disposent des mêmes droits. Certains mineurs seront avantagés, notamment les jeunes filles qui peuvent prétendre à une protection contre des mutilations génitales alors que cela n'est pas le cas pour les jeunes garçons. Cela relève de considérations éthiques internationales. Il n'existe donc pas de réelle distinction entre les MNA concernant l'accès au mécanisme de la demande d'asile. De plus, la procédure d'asile va de plus être adaptée en présence d'un mineur et surtout d'un MNA. Néanmoins, les modifications apportées à la procédure pour prendre en compte l'extrême vulnérabilité de ces jeunes ne suffit pas à la rendre accessible à tous. Elle va finalement être différentes pour tous les MNA, qui n'auront pas tous la possibilité d'obtenir le droit d'asile.

2- Les inégalités dans la procédure de demande d'asile

La demande d'asile est une procédure administrative qui se fait auprès d'une agence spécifique : l'OFPRA. De ce fait, un mineur ne peut pas agir seul, il doit disposer de la capacité juridique. Il doit normalement être accompagné de ses représentants légaux. On se retrouve dans la même situation que pour l'obtention d'un titre de séjour. Un MNA qui est pris en charge par l'ASE va être représenté par le département pour obtenir le droit d'asile. Il faut cependant que le juge des tutelles des mineurs ait prononcé au préalable une délégation d'autorité parentale envers l'ASE. A défaut, les parents restent les représentants légaux. Concernant les MNA exclus de la protection de l'enfance, il est encore difficile de savoir si ces derniers doivent être traités comme des personnes majeures en raison de la déclaration de majorité prononcée par le conseil départemental. Cette question sera là aussi réglée si le fichier biométrique d'appui à la détermination de la minorité devient applicable sur l'ensemble du territoire. Dans ce cas, la déclaration de majorité sera reconnue par les autorités administratives. Enfin, les MNA qui ne sont pas déclarés majeurs mais sans être pris en charge par la protection de l'enfance doivent être accompagnés d'un administrateur ad hoc. Cela est souvent le cas pour des mineurs qui ont été placés en zone d'attente, dans un centre de rétention ou qui n'ont pas encore été découverts par les autorités locales. Si un MNA se présente seul à l'OFPRA pour déposer une demande d'asile, l'office doit immédiatement avvertir le Procureur de la République pour qu'il désigne un administrateur ad hoc¹²⁵. Selon le

¹²⁴ Article L752-3 alinéa 2 CESEDA « Aucun constat de mutilation sexuelle ne peut entraîner, à lui seul, la cessation de la protection accordée à la mineure au titre de l'asile. Il ne peut être mis fin à ladite protection à la demande des parents ou des titulaires de l'autorité parentale tant que le risque de mutilation sexuelle existe. »

¹²⁵ Article L741-3 alinéa 1 CESEDA « Lorsque la demande d'asile est présentée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français, le procureur de la République, avisé immédiatement par l'autorité administrative, lui désigne sans délai un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à la demande d'asile. »

CESEDA, la nomination de l'administrateur ad hoc doit se faire sans délai. Le Procureur de la République, une fois informé ne doit pas attendre avant de désigner un administrateur ad hoc pour représenter le MNA. Cependant, en pratique, la nomination se fait tardivement. La désignation de l'administrateur ad hoc peut durer plusieurs mois. Les délais pour effectuer la demande d'asile ne seront alors pas respectés.

Pour effectuer une demande d'asile, il existe des délais stricts à respecter. Une demande d'asile doit être déposée dans un délai de 90 jours depuis l'entrée sur le territoire français pour faire l'objet d'une procédure dite normale. Lors de cette procédure, l'OFPRA a un délai de 6 mois pour examiner la demande d'asile. La procédure se fait alors en trois étapes. Quand le demandeur a attendu plus de 90 jours pour déposer sa demande, il passe automatiquement en procédure accélérée. L'OFPRA doit alors donner une réponse dans un délai de 15 jours. Des études ont démontré que 95% des demandes passées en procédure accélérée aboutissent à un refus. Il y a une augmentation importante des rejets de demande dans ce cas. Il faut noter que beaucoup de MNA vont être confrontés à la procédure accélérée. En effet, de nombreux MNA vont demander l'asile rapidement après leur arrivée. Cependant, ne pouvant être expulsé, les autorités administratives vont refuser d'enregistrer la demande d'asile et dire aux MNA de se présenter à nouveau quelques mois avant leurs 18 ans. Seulement, cela ne pose pas de problème si le mineur est arrivé en France après ses 17 ans. Mais si un MNA est en France depuis ses 15 ou 16 ans, le délai de 90 jours pour déposer la demande sera écoulé depuis plusieurs mois au moment de la majorité du jeune. Quand le mineur est inscrit à la protection de l'enfance, le département va effectuer la demande d'asile pour lui, il pourra alors refuser que le mineur attende sa majorité pour faire cette procédure et rappeler le délai de 90 jours aux autorités administratives. Mais ce n'est pas le cas des autres MNA, ces derniers n'ont personne pour les aider. Quand les autorités administratives refusent d'enregistrer la demande, le Procureur ne sera pas averti et un administrateur ad hoc ne sera pas nommé. Le mineur va revenir quelques mois avant ses 18 ans, un administrateur ad hoc sera alors désigné mais il va être soumis à la procédure accélérée, qui aura peu de chance d'aboutir à une réponse favorable. Ainsi les MNA qui ne sont pas pris en charge par l'ASE vont devoir attendre la nomination d'un administrateur ad hoc pour effectuer leur demande d'asile. A cause de cela, ils ne seront pas dans les délais pour procéder à cette demande. Finalement ils n'auront même pas accès au droit d'asile en raison d'un vice de procédure. Il y a donc une différence de traitement en pratique très importante. Les MNA pris en charge par l'ASE semblent donc être les seuls à avoir accès au droit d'asile.

La procédure de demande d'asile se fait en trois étapes, peu importe que la procédure soit normale ou accélérée, les délais seront seulement réduits dans le dernier cas. Tout d'abord, il y a un pré-accueil avant d'aller au guichet unique de l'OFPRA. Il faut obtenir un rendez-vous donné par une plateforme d'accueil des demandeurs d'asile. Pour cela, il suffit de remplir un formulaire électronique. Une fois la formalité effectuée, le demandeur va obtenir une convocation pour accéder au guichet unique. Dès cette première étape, les MNA qui ne sont pas entrés dans la protection de l'enfance vont être confrontés à des difficultés. Lors de cette première phase, il faut rentrer des informations personnelles sur le formulaire. Le mineur va devoir préciser son âge. Cependant, quand il est mineur, sans être accompagné par une personne ayant l'autorité parentale ou un pouvoir de représentation, il ne pourra pas obtenir de convocation au guichet unique. Il doit alors se rendre directement devant l'OFPRA pour faire enregistrer sa demande d'asile. Néanmoins, il est très rare que cet office accepte de rencontrer le MNA. Le mineur ne pourra pas déposer sa

demande. Il faudra nécessairement que le Procureur de la République soit informé de sa minorité, pour qu'un administrateur ad hoc soit désigné. Le problème est d'autant plus important quand le MNA est à la fin du délai de 90 jours, il arrive qu'il passe automatiquement en procédure accélérée à cause de la nomination d'un administrateur ad hoc.

Quand le mineur a réussi à obtenir une convocation, il doit se rendre au guichet unique pour faire enregistrer sa demande. Le rendez-vous interviendra souvent dans un délai alors de 3 à 10 jours, ce qui est très rapide. Lors de cet entretien, un agent de la préfecture va vérifier les informations transmises par la plateforme face aux documents d'identité du mineur. Il va récolter les empreintes digitales des dix doigts du MNA. Enfin, il va essayer de retracer le parcours migratoire du MNA. Il pourra notamment déterminer à ce moment-là si la France est compétente en vertu du règlement Dublin III. L'agent de préfecture va remettre une attestation de demande d'asile au MNA.

Une fois les deux premières étapes effectuées, le dossier est envoyé à l'OFPRA pour qu'il examine la demande d'asile. Le MNA doit envoyer son dossier dans un délai de 21 jours suivant la remise de l'attestation de demande d'asile. Normalement, il doit répondre dans un délai de 6 mois et 15 jours si la procédure est accélérée. A ce moment-là, le demandeur va avoir un entretien avec un agent de l'OFPRA, pendant lequel l'intéressé peut être assisté d'un interprète et d'un avocat. Ce rendez-vous a pour but de connaître le parcours migratoire, les circonstances du départ. Surtout, l'agent doit vérifier les réponses du demandeur à deux questions : le MNA craint-il de retourner dans son pays ou encourt-il des menaces graves ? Ce pays est-il à l'origine de ces craintes ou dans l'impossibilité de protéger le MNA contre ces menaces ? Si la réponse est positive à ces deux questions, cela signifie que le MNA peut faire l'objet d'une protection de la part de l'Etat français. Suite à cet entretien, le demandeur se verra notifier l'information de refus ou de la délivrance du droit d'asile à son encontre.

La procédure de demande d'asile est donc compliquée. Elle se compose de plusieurs étapes qui n'ont pas lieu devant les mêmes acteurs alors que les informations récoltées semblent être les mêmes. Il est difficile de comprendre la procédure pour une personne française, voir un juriste. Il est alors possible d'imaginer les difficultés rencontrées par les MNA pour obtenir l'asile. La différence de traitement entre les catégories existe ponctuellement dans la théorie. Dans la pratique, la discrimination réside dans la complexité de la technique procédurale de la demande d'asile. Un MNA qui n'est pas en lien avec des personnes compétentes ne saura pas comment procéder. Il peut être difficile pour des associations d'orienter convenablement un mineur. La protection de l'enfance semble être un avantage, le département peut être en lien avec la préfecture pour faciliter la procédure. Là encore, il faut une formation nécessaire des travailleurs sociaux pour détecter les MNA pouvant faire l'objet d'une protection internationale. Il y a donc des distinctions entre les MNA pris en charge selon les départements. Mais il est important de comprendre qu'un MNA en dehors de l'ASE, même avec l'accès à des associations et un administrateur ad hoc, reste seul face à cette procédure. Il ne sait pas forcément où déposer la demande, il ne connaît pas les lieux, ne parle pas spécialement français. Il va donc se retrouver dans une situation plus délicate.

Par conséquent, les MNA ne sont pas tous traités en général de la même manière. Il est possible de voir deux grandes catégories de MNA. Les MNA qui ont été exclus de la protection de l'enfance en raison d'une déclaration de majorité ou qui n'ont pas été découverts, sont souvent dans des situations plus compliquées. Ils ont accès à moins de droits que les autres. On se rend

compte, qu'ils n'ont pas de protection à proprement dite. Ils sont soumis aux mêmes règles et aux mêmes droits que les majeurs. Leur extrême vulnérabilité n'est pas prise en compte. S'ils n'ont pas été découverts, ils ont encore une chance d'accéder à la protection de l'enfance et donc de disposer d'une protection comme des enfants français. Cependant, quand une déclaration de majorité a été prononcée suite à une procédure de détermination de l'âge, la protection de l'enfance n'existe plus. Le MNA est considéré comme un adulte, il ne bénéficie plus d'aide et de soutien adaptés à sa condition. A côté de cela, il y a les MNA qui ont été admis au sein de l'ASE. Ces derniers ont droit à une protection complète avec une prise en charge, un hébergement, un accès à l'éducation et aux besoins primaires pour subsister. Néanmoins, ils ne sont pas tous traités de la même manière. Il y a une base commune de protection. Cela va dépendre des politiques des départements notamment. Ces derniers doivent mettre en place des formations importantes des travailleurs sociaux. Ainsi, selon le lieu de prise en charge, le MNA aura accès plus ou moins facilement aux informations nécessaires pour obtenir un titre de séjour ou une demande d'asile. Il existe finalement des différences de traitements entre les mineurs pris en charge par l'ASE. Il y a aussi des discriminations face aux enfants français admis à la protection de l'enfance. De ce fait, il n'existe pas de régime uniforme applicable à tous les MNA. Aucun d'entre eux ne peut savoir à l'avance les droits dont il va pouvoir bénéficier.

Cette différence de traitement permet de démontrer l'importance de réformer la protection actuelle des MNA afin d'harmoniser dans un premier temps la prise en charge par l'ASE. Cela devrait aboutir à une protection plus efficace, avec un accès à tous les droits garantis par les conventions internationales. Dans un second temps, la protection doit être étendue aux mineurs non pris en charge, notamment par le développement des réseaux associatifs, des collaborations entre les associations, les départements mais aussi avec les CAOMIE.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

- Denéchère Y. et Niget D, *Droits des enfants au XXe siècle*, 1^{ère} édition, 2015
- Etienne A. *Mineur étranger isolé à la rue : Comment les protéger ?* 1^{ère} édition, 2010
- Gouttenoire A. et Bonfils P., *Droit des mineurs*, 2nde édition, 2014, 1664.
- Mbongo P., *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, 1^{ère} édition, 2015
- Murat P., *Droit de la famille*, Dalloz Action, 7^{ème} édition, 2015-2016, 243.01

Ouvrages spéciaux :

- Attias D. et Khaïat L., *Les enfants non accompagnés : l'état du droit et des bonnes pratiques en France et en Europe*, 1^{ère} édition, 2017
- Mission d'information des élus des groupes de gauche au Département de l'Isère, *Rapport Mineurs Non Accompagnés en Isère, état des lieux- analyses- Préconisation*, mars 2019

Articles :

- Bouix A. et Slama S., « Dossier mineurs isolés étrangers : la fabrication d'un droit d'exclusion », AJ Fam. 2014
- Burriez D., « Mineurs isolés étrangers situé sur le territoire : une atteinte au droit de solliciter l'asile en France », RDLF, 2018
- Cavaniol A., « Le nouveau venu de la protection de l'enfance », RDSS, 2017
- Défix S., « Le rôle des départements dans la prise en charge des mineurs non accompagnés », AJCT, 2018
- Denêtre E., « Les mineurs non accompagnés : le « fichier » partagé entre départements sera testé début 2019 », Courrier des maires, 2018
- Dunaigre P., « Mineurs isolés étrangers : l'urgence en zone d'attente », Journal du droit des jeunes, 2002
- Farge M., « Le mieux est-il l'ennemi du bien – à propos de la représentation des mineurs isolés étrangers en zone d'attente », Droit de la famille, 2006
- Hauchard L., « La rétention des mineurs étrangers », Le petit juriste, 2018
- Hulot-Guiot K., « Mineur étranger isolé » Libération, 27 décembre 2018
- Human Rights Watch, « Perdu en zone d'attente – protection insuffisante des mineurs isolés étrangers à l'aéroport Charles de Gaulle », Journal du droit des jeunes, 2009
- Gebler L., « Dossier mineurs isolés étrangers : la problématique du mineur étranger isolé pour le juge des enfants », AJ Fam. 2014
- Gué C., « Dossier mineurs isolés étrangers : l'accueil des mineurs isolés étrangers par l'aide sociale à l'enfance », AJ Fam. 2014
- Isidro L., « Dossier mineurs isolés étrangers : l'accès à la santé des mineurs étrangers isolés », AJ Fam. 2014
- Le Bot O., « Référé liberté et prise en charge d'un mineur étranger isolé », AJDA, 2014
- Maria I., « Qu'est-ce qu'un mineur isolé étranger ? », Droit de la famille, 2018, n°3

- Martini J-F., « *Dossier mineurs isolés étrangers : le juge des enfants, piètre protecteur des mineurs étrangers isolés* », AJ Fam. 2014
- Messager D. et Ghibaudo S., « *La Cour de Cassation se penche sur les textes osseux pour les jeunes migrants* », France Inter, 2018
- Meter-Bourdeau A., « I », AJ Fam. 2014
- Meter-Bourdeau A., « *Dossier mineurs isolés étrangers : la détermination de la minorité* », AJ Fam. 2014
- Monéger F., « *Mineurs isolés étrangers, refus de prise en charge âge, délit de délaissement* », RDSS, 2018
- Monéger F., « *Sur le droit au regroupement familial du MNA devenu majeur au cours de la procédure d'asile* », RDSS, 2018
- Neirinck C., « *L'annulation partielle de la circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers* », Droit de la famille, 2015, n°3
- Rongé J-L., « *Les mineurs isolés étrangers devient des mineurs non accompagnés – que tout change... pour que rien ne change !* », Le journal du droit des jeunes, 2016

Avis et recommandations :

- Comité Consultatif National d'Ethique, avis du 23 juin 2005, n°88
- Conseil National Consultatif des Droits de l'Homme, avis du 26 juin 2014, sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relatives aux modalités de prise en charge des mineurs isolés étrangers (dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation)
- Défenseur des droits, avis du 15 mars 2018 n°18-14
- Défenseur des droits, décisions du 31 mai 2018 n°2018-100
- Défenseur des droits, décision du 3 décembre 2018 n°2018-296
- Défenseur des droits, décision du 27 décembre 2018 n°2018-300
- Défenseur des droits, décision concernant la loi du 14 mars 2016 n° 2016-297
- Résolution du Conseil National des barreaux contre le décret dit biométrique, adoptée le 11 et 12 janvier 2019

Webographie :

- www.cours.unjf.fr
- www.echr.coe.int
- www.gisti.org
- www.humanium.org
- www.infomie.net
- www.justic.gouv.fr
- www.legifrance.fr
- www.service-public.fr
- www.wikipedia.com

ANNEXES

Questionnaire soumis aux magistrats

Listes des questions :

- Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions que vous exercez, service auquel vous êtes rattaché ?
- Comment se passe votre première rencontre avec un mineur non accompagné ?
- Quelles méthodes utilisez-vous pour déterminer l'âge des mineurs non accompagnés ?
- Quels impacts à votre politique de détermination de l'âge sur le nombre de mineurs pris en charge dans le cadre de la protection de l'enfance ?
- Que pensez-vous de la clé de répartition et de son efficacité ?
- Prononcez-vous des mesures différentes de la mesure de placement du mineurs non accompagnés ?
- Ces mesures de droit commun sont-elles adaptées selon vous à la situation particulière des mineurs non accompagnés ?
- Rencontrez-vous d'autres difficultés pratiques liées à la question des mineurs non accompagnés ?

Réponses de Monsieur le Conseiller A. Grozinger, rattaché à la Cour d'Appel de Riom

Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions que vous exercez, service auquel vous êtes rattaché ?

Alexandre Grozinger . Président de la chambre de la famille et de la chambre spéciale des mineurs, Cour d'Appel de Riom.

Comment se passe votre première rencontre avec un mineur non accompagné ?

Rencontres à l'audience lors des appels des décisions des juges des enfants.

Instruction de l'affaire et questions sur le parcours de vie et sur l'itinéraire géographique pour arriver jusqu'en France.

Pas problématique de l'isolement mais toujours débat sur la minorité réelle ou pas avancée.

La plupart du temps africains francophones. Pas de problème de langue.

Quelles méthodes utilisez-vous pour déterminer l'âge des mineurs non accompagnés ?

Question des actes d'état civil (article 47 du code civil). Actes en original ou non. Question de la légalisation nécessaire. Possibilité d'expertise par les services spécialisés de la police des frontières.

Évaluation sociale par les services de l'aide sociale à l'enfance. (Pas très utile)

Tests osseux. Peu utilisés et pas très fiables (marge d'une année). De plus ne peuvent pas être imposés aux mineurs qui refusent. Quelle valeur pour des jeunes d'un autre continent qui ont connu des conditions de vie et de développement très différentes de celles connues en Europe ?

Quels impacts à votre politique de détermination de l'âge sur le nombre de mineurs pris en charge dans le cadre de la protection de l'enfance ?

Problématique importante actuellement.

Services de la protection de l'enfance embolysés et grandes tensions avec les juges des enfants sur ce sujet.

Arrivées en masse dans les départements de la cour ; 350 demandes dans le département de l'Allier par exemple.

Difficile de fixer une jurisprudence générale.

Éviter positions trop systématiques.

Que pensez-vous de la clé de répartition et de son efficacité ?

Semble atteindre ses limites et arrivées dans des départements plus ruraux qui ne peuvent pas faire face actuellement.

Nécessité de faire des choix pour les conseils départementaux.

Prononcez-vous des mesures différentes de la mesure de placement du mineur non accompagné ?

Pour le moment non. Pas de demandes particulières en la matière.

Ces mesures de droit commun sont-elles adaptées selon vous à la situation particulière des mineurs non accompagnés ?

Il faudra tenir compte de ces afflux de demandes qui sont liées à des choix politiques et qui échappent en réalité aux instances judiciaires. La question de la minorité permet de rejeter des demandes de jeunes qui sont à peine plus âgés que d'autres qui vont en bénéficier et qui ont connu les mêmes trajectoires de vie.

Rencontrez-vous d'autres difficultés pratiques liées à la question des mineurs non accompagnés ?

Traitement de ces contentieux dans l'urgence et surtout difficulté à avoir des vrais éléments de preuve. Souvent décisions insatisfaisantes et pressions contraires des associations et des conseils départementaux.

Réponses de Madame la Conseillère I. Marti, rattaché à la Cour d'Appel de Nîmes

Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions que vous exercez, service auquel vous êtes rattaché ?

Mme Isabelle MARTI, conseillère déléguée à la protection de l'enfance cour d'appel de Nîmes. Je siège en tant que présidente de la chambre spéciale des mineurs.

Comment se passe votre première rencontre avec un mineur non accompagné ?

Les mineurs non accompagnés qui comparaissent devant la chambre spéciale des mineurs font appel des décisions de juge des enfants, ordonnant la mainlevée de leur placement à l'aide sociale à l'enfance. C'est dans ce cadre que je suis amenée à rencontrer les mineurs non accompagnés.

Quelles méthodes utilisez-vous pour déterminer l'âge des mineurs non accompagnés ?

La chambre des mineurs dispose du dossier du juge des enfants où figurent généralement des éléments d'identité, les rapports de la PAF, les expertises osseuses ainsi qu'une évaluation de l'aide sociale à l'enfance.

Pour rappel de la circulaire du 31 mai 2013 prévoit :

- un dispositif d'évaluation de la minorité et de l'isolement des intéressés par les services du conseil général, suivie le cas échéant d'une phase de vérification des documents d'identité et d'un examen osseux ;
- la création d'une cellule nationale, gérée par la PJJ, recensant les places disponibles par département pour proposer au parquet territorialement compétent l'orientation vers un autre département puisque cette circulaire consacre une solidarité entre départements permettant de répartir les mineurs étrangers isolés sur l'ensemble du territoire et de cesser de faire peser cette prise en charge sur les seuls départements ayant un port ou un aéroport international ou départements frontière.

L'évaluation de la situation du mineur doit être faite par le département dans un délai de 5 jours seulement, délai trop bref pour les vérifications complètes de l'état civil et de l'âge. Lorsqu'il est saisi, le Procureur de la République prend une décision de placement provisoire et sur proposition de la cellule nationale d'orientation détermine la compétence territoriale et oriente le mineur sur la juridiction désignée qui peut donc être très éloignée du lieu d'accueil initial. Il est relevé une disparité dans le délai de retour des enquêtes de la police aux frontières sur les documents administratifs présentés. En Vaucluse, les retours apparaissent relativement rapides alors que dans le Gard les deux fonctionnaires de police sont débordés et les enquêtes mettent six mois à rentrer.

Des expertises osseuses sont ordonnées car ces mineurs sont souvent de jeunes majeurs envoyés par des adultes aux foyers de l'Enfance pour être admis à cet accueil et bénéficier des dispositifs et

prises en charges réservés aux mineurs. Dans ces cas, des décisions de non-lieu à assistance éducative sont prononcées. Les juges des enfants ont parfois le sentiment d'être utilisés pour obtenir un titre juridique pour l'hébergement du mineur alors qu'il n'y a pas toujours place à une prise en charge éducative, en particulier quand il est constaté une prise en main par l'entourage faisant obstacle à tout accompagnement éducatif. Il s'agit alors de mineurs ayant activité délictuelle qui donne lieu à saisine au pénal en cas d'interpellation. Mais dans la plupart des cas ces jeunes sont respectueux des règles de vie en collectivité et sont très sérieux dans leur formation.

Quels impacts à votre politique de détermination de l'âge sur le nombre de mineurs pris en charge dans le cadre de la protection de l'enfance ?

Impact résiduel car tous ne font pas appel des décisions.

Que pensez-vous de la clé de répartition et de son efficacité ?

Satisfaisante.

Prononcez-vous des mesures différentes de la mesure de placement du mineur non accompagné ?

Non car en cause d'appel il s'agit soit d'une confirmation de la décision de placement du juge des enfants soit l'infirmité.

Ces mesures de droit commun sont-elles adaptées selon vous à la situation particulière des mineurs non accompagnés ?

L'accueil des mineurs étrangers pose des problèmes sur le plan des prises en charge sanitaire, scolaire et en termes d'hébergement compte tenu de l'importance des populations en situation de précarité sur ces départements, les dispositions de l'article 375-7 du code civil ne répondant pas à toutes les difficultés en l'absence de représentants légaux.

Se pose par ailleurs de manière cruciale, le problème de l'autorité parentale pour ces mineurs notamment dans le domaine médical et la nécessité que soit prononcée soit une délégation d'autorité parentale, soit une tutelle.

Rencontrez-vous d'autres difficultés pratiques liées à la question des mineurs non accompagnés ?

Le devenir de ces mineurs sur le territoire national reste incertain, même si à l'issue de la minorité attache est prise avec la préfecture afin d'examiner les possibilités de régularisation. Dans la mesure où la préfecture demande des papiers d'identité avec photographies, les chances de régularisation sont quasi nulles et les mineurs restent alors parfois sans identité, ni nationalité.

Questionnaires soumis aux avocats

Listes des questions :

- Pouvez-vous indiquer votre nom et les fonctions que vous exercez ?
- Dans quel contexte intervenez-vous pour représenter un mineur non accompagné ?
- Par qui êtes-vous désigné pour intervenir dans un dossier concernant un mineur non accompagné ?
- Comment se passer votre première rencontre avec un mineur non accompagné ?
- Quel fondement utilisez-vous pour appuyer la minorité de votre client ?
- Quelles sont, pour vous, les grandes difficultés attachées à la question des mineurs non accompagnés ?

Réponses du Maître Roxane Vigneron, rattachée au Barreau de Grenoble

Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions que vous exercez ?

Roxane Vigneron – Avocate.

Dans quel contexte intervenez-vous pour représenter un mineur non accompagné ?

Pour les mineurs non-accompagné, nous intervenons en général lorsqu'ils sont exclus du dispositif de l'aide sociale à l'enfance, ou qu'ils ne sont pas admis, au motif qu'ils ne justifient pas de leur qualité de mineur.

Nous sommes donc chargés de contester cette décision de refus de prise en charge.

Par la suite, nous sommes parfois également sollicités car, malgré le placement par le juge des enfants, le département continue à remettre en cause la minorité : il refuse alors de faire les démarches et refuse de signer, par exemple les dossiers scolaires, tant que le mineur ne « prouve » pas sa minorité (notamment par la transmission d'un acte de naissance).

Par qui êtes-vous désigné pour intervenir dans un dossier concernant un mineur non accompagné ?

Bien souvent, les mineurs sont orientés vers nous par les associations. Ce sont toutefois eux qui nous désignent.

Comment se passe votre première rencontre avec un mineur non accompagné ?

Ils expliquent leur problème et difficulté et ce qu'ils souhaitent. Nous expliquons ensuite les démarches que nous pouvons envisager et les procédures qui s'offrent à nous. En fonction des instructions du client, et de l'opportunité, les procédures sont engagées, ou non.

Quel fondement utilisez-vous pour appuyer la minorité de votre client ?

Le droit de la protection des mineurs, personnes particulièrement vulnérables (le code civil mais aussi, le droit international, ...).

En ce qui concerne la minorité, la grande difficulté tient à ce qu'il leur est demandé de rapporter la preuve irrémédiable qu'ils sont mineurs. Cela est toutefois bien souvent impossible, au regard de leur parcours, et de leur pays d'origine, ils ne disposent pas de carte d'identité ou de passeport.

On se fonde sur les documents d'identité, s'ils en ont (extraits d'acte de naissance), mais cela ne suffit pas en soi, le juge se refusant bien souvent à les prendre en considération dès lors que le département a conclu à la majorité.

Le département fait en effet un compte-rendu d'évaluation où il fait état du comportement et l'apparence physique de l'intéressé : bien souvent, les décisions sont fondées sur ces seules éléments. Les tests osseux n'étant pas fiables, ils ne sont que très rarement ordonnés. La minorité est toutefois souvent, de ce fait, évaluée, au seul regard de l'apparence physique, critère pour le moins subjectif.

Quelles sont, pour vous, les grandes difficultés attachées à la question des mineurs non accompagnés ?

Les grandes difficultés tiennent, à mon sens, à ce que :

1. On demande à des personnes sans aucun repère ni aucune ressource de rapporter une preuve impossible. Ils doivent prouver qu'ils ne sont pas majeurs. S'ils ne le font pas, ils sont considérés comme tel. La charge de la preuve est inversée.

Ils ne disposent toutefois ni des ressources ni des moyens pour le faire (l'État pourrait par exemple interroger les autorités étrangères, ce qui n'est pas fait, ...). On leur oppose bien souvent des éléments particulièrement subjectifs (tel l'apparence ou l'incohérence dans le récit), au mépris des éléments de preuve qu'ils peuvent eux-mêmes apporter (extrait d'acte de naissance), et ce quand bien même les documents ont été vérifié et authentifié par les services de fraude documentaire.

2. Aucun recours suspensif en urgence n'existe pour contester la décision du Département, et les intéressés se retrouvent donc livrés à eux-mêmes avant que n'intervienne une décision de justice (en général 4 mois, voire plus).

3. Suite à l'intervention de la décision du juge des enfants, si un appel est formé, celui-ci mettra bien souvent près d'un an à aboutir et il n'est pas rare que l'intéressé ait alors atteint la majorité, de sorte que la Cour d'Appel déclare l'appel sans objet.

Questionnaire soumis au département de l'Isère

Liste des questions :

- Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions exercées, service auquel vous êtes rattachés ?
- Comment se déroule votre première rencontre avec un mineur non accompagné dans le cadre de l'accueil provisoire ?
- Rencontrez-vous des difficultés récurrentes pendant l'accueil provisoire ? Si oui, quelles solutions avez-vous trouvées ?
- Que pensez-vous de la clé de répartition des mineurs non accompagnés sur l'ensemble des départements ?
- Pouvez-vous décrire comment un mineur non accompagné est pris en charge par votre service pendant l'accueil provisoire ? Puis après une décision de placement du juge des enfants ?
- Parvenez-vous à mettre en place une scolarité ou une formation en faveur des mineurs non accompagnés ?
- Rencontrez-vous des autres difficultés pratiques liées à la question des mineurs non accompagnés ?

Réponses de H. Dumortier, Chef de service enfant-famille dans le Grésivaudan, département de l'Isère.

Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions exercées, service auquel vous être rattaché ?

Hugues Dumortier, jusqu'en septembre 2018 coordinateur protection de l'enfance et de la cellule MNA, rattaché à la direction centrale de la protection de l'enfance, au sein du conseil départementale de l'Isère.

Actuellement, chef de service enfant-famille dans le Grésivaudan

Comment se déroule la première rencontre avec un mineur non accompagné dans le cadre de l'accueil provisoire ?

Différentes possibilités.

Jusqu'à fin 2018, un mineur qui se présentait les week-ends, jours fériés/chômés ou la nuit, était renvoyé à l'hôtel de police ou commissariat. Ces derniers orientaient vers une structure d'urgence. Si le mineur se présentait en journée, il était orienté vers l'ADAT, qui avait une habilitation pour le primo-accueil, le département n'était pas compétent à cette étape.

Le MNA était placé dans une famille d'hébergement par l'ADAT dans le cadre de la procédure de mise à l'abri, permettant aussi d'évaluer la minorité du mineur. Ensuite, premier contact avec le département pendant le primo-accueil pour donner les informations sur le mineur.

Le département va alors inscrire le MNA dans sa base de données et procéder à l'évaluation de sa minorité. Jusqu'en juillet 2017, la minorité était évaluée par l'ADAT qui envoyait un rapport au département, qui pouvait le valider, demander des informations supplémentaires, demander au parquet de relever les emprunts du mineur ou refuser la minorité. Depuis juillet 2017, le département fait lui-même l'évaluation avec la création d'un pôle MNA et le recrutement d'évaluateur spécialisé avec une formation en droit des étrangers ou encore bilingues. Un rdv est placé pour le MNA placé en famille, pendant sa mise à l'abri.

Il est possible que la préfecture de police regarde aussi les empreintes digitales face à VISABIO ou le fichier pénal FAEG. Cela permet de confirmer la minorité.

Depuis début 2019, le département s'occupe de la mise à l'abri. Cependant avant cette étape, le département va d'abord faire le jour d'arrivée du mineur l'évaluation de la détermination de l'âge. Le soir même, le mineur va savoir s'il est déclaré mineur ou non. S'il est mineur, il va pouvoir rentrer dans la mise à l'abri.

En cas de doute, ou de nécessité d'information complémentaire, cela doit profiter au MNA. Ce dernier va être placé au titre de la procédure de mise à l'abri.

L'évaluation se fait conjointement avec la préfecture.

En 2018, le département de l'Isère est celui qui a accueilli le plus de MNA, environ 2 000 arrivant, c'est un pôle d'accueil.

Rencontrez-vous des difficultés récurrentes pendant l'accueil provisoire ? Si oui, quelles solutions avez-vous trouvées ?

Les difficultés peuvent être de tout ordre. Souvent, la difficulté première actuellement est de trouver le bon interprète vu que l'évaluation doit se faire rapidement.

Les principales difficultés sont :

- Barrière de la langue
- Barrière de la culture, mais aide de l'ADAT sur ce point car elle a une compétence particulière dans l'approche culturel.

Sur ces points, il est rare qu'aucune solution ne soit trouvée par les services.

Il existe d'autres difficultés qui sont moins fréquentes, plus ponctuels :

- Arrivée par bande de MNA qui sont présents pour la délinquant, violence, cambriolage ou trafic de stupéfiant. Souvent, ils ne vont pas rester en France. Ils vont seulement profiter du dispositif de protection de l'enfance
- Délinquance d'un MNA
- Si le mineur devient majeur dans l'accueil provisoire ou après son placement. Il va devoir se rendre en préfecture pour obtenir un titre de séjour, à défaut il sera obligé de quitter le territoire. Même pour bénéficier de l'accueil jeune majeur, un titre de séjour est nécessaire. En Isère, il existe sur ce point, une convention entre la préfecture et le département pour que cette dernière tienne compte de la prise en charge par l'ASE du jeune majeur et refuser son titre de séjour.

Que pensez-vous de la clé de répartition des mineurs non accompagnés sur l'ensemble des départements ?

La clé de répartition a un symbolique intéressante, l'idée est intéressante. IL n'existe aucune focalisation sur les régions avec une idée de réciprocité entre les départements, et peu importe le lieu de prise en charge quand le mineur veut vraiment entrer dans le système.

Cependant, il existe de nombreux inconvénient. Le calcul de cette clé est très complexe, voir incompréhensible. De plus, cela nécessite une cohérence dans la prise en charge entre tous les départements, alors qu'ils ont une autonomie sur la question. Certains départements ne veulent pas accueillir de MNA et pour cela ils vont réévaluer la minorité pour aller en faveur de la majorité. Il y a notamment des conflits judiciaires sur cette réévaluation entre les juges.

La gestion des MNA et de cette clé est compliquée car elle est impossible à respecter, les départements vont continuer à accueillir alors qu'ils sont au-dessus du quota prévu.

De plus, l'orientation du MNA entre les départements se fait de manière aléatoire du fait de l'autonomie des départements et qu'ils n'existent pas de critères définis.

Pouvez-vous décrire comment un mineur non accompagné est pris un charge par votre service pendant l'accueil provisoire ? Puis après une décision de placement du juge des enfants ?

Le MNA est pris en charge complètement pendant sa mise à l'abri. Il ne peut pas encore bénéficier de sa scolarité.

De manière systématique pendant cette période, le MNA va être amené au centre départemental de santé, avant même l'évaluation de son âge. Cela correspond à un premier rdv médical pour voir s'il est atteint de maladie comme la tuberculose ou une hépatite. Il va aussi regarder les vaccins qui ont été fait dans le pays d'origine. Enfin, cet examen permet de voir s'il excise des traumatismes physiques ou psychiques. On regarde donc l'état de santé général du MNA.

Après la décision du juge des enfants, le MNA va être placé soit dans un établissement soit en famille d'accueil. L'ASE ou un AAH va être nommé.

Le mineur va se voir ouvrir un compte bancaire, affilié à la CMU, inscrit dans un établissement scolaire. Il va ensuite avoir droit à un check up complet sur son état de santé.

Parvenez-vous à mettre en place une scolarité ou une formation en faveur des mineurs non accompagnés ?

Tous les MNA bénéficie d'un accès à l'instruction, même s'ils ont plus de 16 ans.

Avec l'arrivée massive de MNA, il a fallu adapter le système, avec un dispositif spécifique et la création d'unité dans les établissements scolaires, surtout des lycées et collèges car les MNA qui arrivent ont souvent plus de 13 ans, et des formateurs en langues étrangères.

Il existe de nombreuses structures tel que les apprentis d'Auteuil, qi une structure d'enseignement, permettant aux jeunes de suivre un cursus d'apprentissage donnant lieu à un CAP ou Bac pro.

Rencontrez-vous d'autres difficultés pratiques liées à la question des mineurs non accompagnés ?

Il existe énormément de réseaux qui guide les MNA et qui vont les informer sur les départements qui doivent atteindre pour avoir une protection plus optimale.

Pression des trafics sur ce que va dire le mineur, notamment le forcer à dire qu'il est majeur, mentir sur le parcours. Pressions sur la famille qui est restée au pays, par les passeurs qui veulent être payés.

Psycho traumatisme chez les MNA par le parcours migratoire mais aussi impact sur la construction avec une autre identité pour vivre en France et entraînant plus tard des dépressions.

Il y a une difficulté pour gérer les flux avec une sursaturation de la protection de l'enfance, ne laissant plus de place pour les enfants en danger nationaux. Les départements ont pu interpellé l'Etat sur la situation mais les moyens financiers ne sont pas suffisants.

La situation est similaire dans d'autres pays de l'UE notamment l'Espagne et l'Italie.

Difficulté sur l'évaluation de l'âge

Difficulté du fait qu'il y a dans un même établissement mixte des personnes allant de 16 à 27 ans, ainsi il y a eu des cas de viol et agressions sexuelles.

Questionnaire soumis aux associations

Listes des questions :

- Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions exercées, service auquel vous être rattaché ?
- Dans quel contexte intervenez-vous face à la situation d'un mineur non accompagné ?
- Quels sont les objectifs poursuivis par votre association pour améliorer la situation des mineurs non accompagnés ?
- De quels moyens disposez-vous pour parvenir à vos objectifs ?
- Rencontrez-vous des difficultés pour parvenir à vos objectifs ?
- Quelles sont les principales difficultés rencontrées lors de la prise en charge d'un mineur non accompagnés par votre association ?

Réponses de M-N Rouvière, Secours Catholique de l'Isère

Pouvez-vous indiquez votre nom, fonctions exercées, service auquel vous être rattaché ?

Travailleur social embauché par le CCS Grenoble, mis à disposition au Secours Catholique, gérant une équipe de 4 bénévoles et un service civique.

Dans quel contexte intervenez-vous face à la situation d'un mineur non accompagné ?

Le secours populaire s'occupe des MNA depuis 2012, avec le placement d'un service civique sur la question.

En Isère nouveau système de prise en charge depuis le quatrième trimestre 2018, avec une évaluation de l'âge des MNA dans la journée, ce qui est plutôt favorable. Evaluation a un délai correct mais elle se fait en seulement 1h30 par une seule personne, ce qui peut être plutôt limité comme temps.

Depuis, le 15 février 2019, application du décret en Isère (avec l'Essonne et Strasbourg). Les MNA sont reçus par la préfecture qui explique le système du nouveau décret « la BORNE », en cas de refus de rentrer dans ce système, il n'y a pas d'évaluation de l'âge.

Quand le mineur après évaluation est déclaré majeur, la BORNE va donner un rdv à la préfecture. Pour le moment, aucun mineur connu par le secours populaire ne s'est rendu à ce rdv. On se rend compte qu'il y a une ambiguïté de la part du préfet sur la reconnaissance de la décision de majorité par le Conseil départemental.

Le MNA aura alors le choix de partir dans une autre ville, un autre pays ou alors utiliser d'autres moyens pour être pris en charge ou protégé, notamment demander l'asile.

Avant 2018, l'ADAT amène directement, par un accord, au secours populaire, les MNA non reconnus comme mineurs qui étaient particulièrement vulnérable, mais avec le nouveau système en Isère cela n'est plus possible. L'ADAT n'a pas connaissance de ces jeunes.

Le Secours populaire qui a connaissance d'un mineur non reconnu comme tel va donner lieu à un premier entretien en lui proposant soit de rester, soit de partir, soit de changer sa date de naissance. Si le jeune revient après le premier entretien, il y a un rdv avec la CIMADE puis avec des avocats pour faire un recours devant le juge des enfants. Actuellement, il y a un délai d'environ 6 mois pour aller devant le juge des enfants.

Pendant ce délai, il y a deux rdv à la police le premier permet de prendre les emprunts du mineur et récupérer ses documents et les papiers qu'il détient, afin de les remettre au service des fraudes. Lors du deuxième rdv, il y a un entretien CRL, si les papiers étaient conformes, ils sont alors rendus au mineur.

Quels sont les objectifs poursuivis par votre association pour améliorer la situation des mineurs non accompagnés ? De quels moyens disposez-vous pour parvenir à vos objectifs ?

Permettre aux jeunes d'avoir une vie quotidienne. Pour les besoins, les MNA sont renvoyés vers d'autres association, avec la croix rouge pour des vêtements ou les restaurants du cœur pour la nourriture.

Objectif d'hébergement des mineur, le principe est celui de trouver un hébergement pour tous mineurs. Hébergement par des paroisses, Saint Hugues et Saint Thérèse pour les garçons et Saint Luc pour les femmes. Dans ces paroisses, peu de mineurs, souvent hébergement le weekend en famille d'accueil. Utilisation, de l'association welcome qui est un réseau de famille d'accueil pour les demandeurs d'asile, accepte en attendant la décision du juge des enfants, hébergement de maximum de 9 mois. Structure du 115 accepte en Isère de prendre en charge car les mineurs sont reconnus comme des majeurs.

Le secours populaire dispose aussi d'appartements, dont l'un avec 6 MNA. Les mineurs qui vont à l'école peuvent aussi être héberger en internat.

Réflexion de la métropole de Grenoble sur l'hébergement et des solutions pour la situation des MNA.

Scolarité normale pour les MNA. Association des 3 amis, créée par 7 associations différentes. Elle permet une école pour les MNA ainsi que des activités. L'idée est de permettre de remettre les mineurs dans une école normale. Problème car les écoles veulent les reconnaissances de minorité.

Obligation d'amener le MNA dans un centre départemental de santé pour faire un examen pulmonaire et éviter la tuberculose. Puis renvoie des mineurs à médecin du monde pour qu'ils ouvrent l'AME.

Quelles sont les principales difficultés rencontrées lors de la prise en charge des mineurs non accompagnés par votre association ?

Les mineurs déclarés comme tel, peuvent être placé dans des familles d'accueil, ce qui est souvent un des recours de l'ASE. Cependant, il existe de nombreux types de familles d'accueil, certaines avec lesquels tout se passe très bien. Il existe d'autres familles, où les choses sont plus délicates et critiquables, quand plusieurs mineurs sont placés dans une même chambre, avec des lits superposés et peu de rangement.

Quand un mineur est déclaré majeur, il y a une question importante de savoir qui a autorité pour déterminer de sa date de naissance. Pour faire des papiers par la suite, il faut une date de naissance, mais celle allégué par le MNA n'est pas la bonne selon son attestation de majorité mais il n'a aucune nouvelle date de naissance.

En cas d'examen osseux, il est très peu prononcé à Grenoble, mais cela arrive encore ponctuellement. Dans ce cas, il y a un problème avec les hôpitaux qui ne sont pas prêt à s'occuper des examens osseux.

Avant novembre 2018, il fallait orienter les MNA devant l'APADA pour les demandes d'asile, puis interrogation sur la situation du mineur à la préfecture. Demande des avocats d'obtenir une attestation du passage à l'APADA des mineurs, ce qui a été obtenu récemment. Il ne peut pas avoir un suivi par les bénévoles car cela est trop technique.

Réponses M. Lehnebach, CIMADE de Grenoble, Isère

Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions exercées, service auquel vous être rattaché ?

LEHNEBACH Mélanie, bénévole référente du pôle des Jeunes en Danger Isolés à la Cimade de Grenoble.

Dans quel contexte intervenez-vous face à la situation d'un mineur non accompagné ?

En introduction :

Le contexte est très instable. Pour résumer : jusqu'à l'année dernière, nous recevions des jeunes qui avaient été évalués non mineur, après avoir été mis à l'abri par le département pendant une durée très variable. C'était l'Adate qui était encore chargée de la mise à l'abri et de l'évaluation du jeune. La période de mise à l'abri permettait d'accéder à un hébergement et à des repas quotidiens. Le jeune pouvait ainsi se reposer un peu, reprendre des forces et se préparer psychologiquement à l'entretien d'évaluation et aux questions auxquelles il allait devoir répondre. De plus, l'évaluation ne reposait pas uniquement sur cet entretien, mais aussi parfois sur des observations rapportées par les familles d'hébergement ou les travailleurs sociaux présents dans les foyers. La mise à l'abri n'ouvrait cependant droit à rien d'autre, quelle que soit sa durée. Certains jeunes ont ainsi été reconnus mineur après un an d'attente et ont perdu une année scolaire. Parmi eux, on en a rencontré qui n'avaient pas pu être scolarisés ou qui l'ont été un peu tard. Or, il faut que le jeune puisse justifier de 6 mois de formation au moment de sa demande de titre de séjour pour avoir une chance de l'obtenir... Et la préfecture ne tient pas compte de la situation (qui dans ce cas, ne dépend pas du jeune).

Les choses ont changé radicalement depuis octobre 2018. Les évaluations sont gérées directement par le département et non plus par l'Adate. Le jeune est évalué dès son arrivée et n'est donc plus mis à l'abri. S'il arrive un vendredi après-midi, il dormira généralement à côté de la gare ou dans des cartons non loin de la cité administrative le temps d'être reçu pour son entretien d'évaluation. Juridiquement, nous ne pouvons agir car il ne va passer « que » 2 ou 3 nuits dehors (c'est que qui s'est régulièrement produit cet hivers), pas le temps pour un recours au Tribunal Administratif.

Le matin, les jeunes attendent qu'on leur ouvre une porte sur le côté d'un bâtiment de la cité Dode, et à 8h30 quelqu'un vient leur ouvrir. Ils passent leur entretien, ressortent et sont invités à revenir chercher leur réponse dans l'après-midi. Lorsqu'ils sont reconnus mineurs, ils sont pris en charge de suite. Lorsqu'ils ne sont pas considérés comme mineurs, ils sont laissés à la rue avec une convocation-type à la préfecture, le mercredi suivant à 14h. On leur indique qu'ils peuvent désormais contacter le 115 s'ils ne savent pas où dormir (les mineurs ne peuvent être pris en charge par le 115, car ils sont censés être pris en charge par la protection de l'enfance). Le seul point positif est qu'il n'y aura plus de jeunes en évaluation longue, mais il aurait peut-être été plus simple de considérer les quelques jeunes concernés comme des mineurs le temps que leur évaluation soit faite, afin de ne pas les figer dans une situation les privant d'apprentissage et de projet d'avenir...

Autre point extrêmement important : la mise en place d'un fichier nationale des jeunes, appelé AEM (Appui à l'Evaluation de la Minorité) qui est une atteinte au principe de présomption de minorité pour les enfants et adolescents étrangers. Les jeunes qui arrivent, depuis février, sont maintenant reçu par une personne qui leur explique qu'ils vont d'abord être accueilli par un agent de la préfecture qui va prendre leurs empreintes, une photo, et leur poser quelques questions sur leur état civil avant de passer l'entretien pour évaluer leur minorité et isolement sur le territoire français. S'ils refusent, cela est considéré comme un aveu de majorité. S'ils refusent, ils s'en vont et renoncent à l'entretien. Passer par la préfecture avant même l'évaluation a un effet dissuasif, et ces jeunes ne sont plus, de fait, considérés comme des enfants, mais d'abord comme des étrangers. Si la préfecture rentre ses données dans son fichier, le jeune pourra recevoir une Obligation de Quitter le Territoire Français s'il est considéré comme majeur par le département. Et le fait de formuler un recours auprès du juge des enfants ne permet pas de suspendre l'OQTF. Or, nous constatons que les juges des enfants reviennent parfois sur la décision du département et ordonnent finalement un placement, reconnaissant ainsi la minorité du jeune... Bien évidemment, les évaluations ne permettent pas d'avoir de certitude concernant l'âge de ces jeunes ! Bientôt, et peut-être que cela a déjà commencé, des mineurs seront expulsés de France, comme les adultes.

Par ailleurs, le décret d'application n'apporte aucune garantie concernant la mise en œuvre de cette procédure : document remis au jeune, interprétariat, accompagnement du jeune en préfecture. Les départements feront comme ils le souhaitent.

Les permanences :

Nous intervenons principalement auprès des jeunes qui n'ont pas été reconnus mineur par le département de l'Isère et qui, se retrouvant à la rue, se tournent vers le réseau associatif, dont la Cimade fait partie. Nous accueillons également depuis peu dans nos permanences, des référents de jeunes reconnus mineurs et pris en charge, qui viennent nous demander conseils pour préparer la majorité du jeune.

Nous recevons les jeunes dans le cadre de nos permanences juridiques, deux fois par semaines, les mardis et vendredis matin. Nous avons une équipe spécialisée dans l'accueil des jeunes en danger. Actuellement, nous sommes 6. Nous travaillons en lien étroit avec d'autres associations, dont le Secours Catholique, 3aMIE (l'école associative) et Médecin du Monde. Nous travaillons également avec des avocats spécialisés dans le droit des étrangers et sensibilisés à la situation des mineurs isolés.

Quels sont les objectifs poursuivis par votre association pour améliorer la situation des mineurs non accompagnés ?

Nous avons deux grands objectifs : (1) L'accompagnement individuel pour permettre aux jeunes de faire valoir leurs droits, et (2) l'obtention d'avancées pour tous les jeunes concernés sur le territoire français.

(1) Un objectif d'accompagnement individuel dans les démarches juridiques. Notre rôle consiste à faire le point sur leur situation et à voir avec eux ce qu'ils souhaitent faire. Nous leur donnons le maximum d'informations afin qu'ils soient en mesure de comprendre et de prendre une décision.

C'est un exercice parfois difficile, car les adolescents ont souvent besoin d'étayage. Malgré leur maturité face à certaines situations, dues à leur parcours et au fait qu'ils aient, pour beaucoup d'entre eux, été confronté à la mort, à la perte de personnes chères, à la traite des êtres humains, à la misère etc... ils restent des adolescents. Par ailleurs, les choix qui se présentent à eux en termes juridiques sont assez restreints. En tant que mineur, leur seule option est de faire un recours auprès du juge des enfants pour contester la décision du département. Nous faisons dans ce cas appel à un avocat pour faire cette démarche, et nous les accompagnons au mieux afin que tous les éléments soient pris en compte pour faire reconnaître leur minorité.

(2) Un objectif collectif : Notre démarche s'inscrit dans un contexte national et international. Nous échangeons au niveau régional et national par le biais de journées de réflexion et d'échanges et par la création de groupes de travail, au sein de la Cimade, afin d'améliorer notre connaissance du terrain, de pouvoir comparer les pratiques dans différents départements, et de savoir ce qui a été tenté par la Cimade et/ou d'autres associations ailleurs, ce qui a fonctionné etc... Les jeunes que nous aidons au cas par cas nous permettent d'avoir une vision d'ensemble sur ce qui se passe sur le territoire français, et nous veillons d'abord et tant que cela est possible, à ce que le droit soit respecté (présomption de minorité, d'authenticité des documents d'identité présentés, droit à un hébergement d'urgence etc...). Nous tentons aussi de faire évoluer le droit, en prenant position et en menant des actions principalement sur le terrain juridique, par exemple contre l'utilisation des tests osseux (remise en cause de la constitutionnalité de l'usage de ces tests) ou la mise en place du fichage des jeunes (demande de suspension de l'exécution du décret du 30 janvier 2019 au Conseil d'Etat).

Remarque :

Nous nous en rendons compte au fil des semaines et des mois : certains paraissent plus âgés, sont très sérieux, anxieux et angoissés, ont les traits du visage durcis, se sont fermés, ont du mal à parler, et petit à petit, reprennent confiance et se métamorphosent. Lorsque je vois des comportements d'adolescents refaire surface, des sourires revenir sur des visages si tendus à leur arrivée, j'ai la sensation d'avoir humainement atteint un objectif personnel.

De quels moyens disposez-vous pour parvenir à vos objectifs ?

- Des locaux pour recevoir les jeunes et disposés au mieux pour préserver la confidentialité.
- Des bénévoles formés pour les accueillir et les informer de leur droit. Un réseau interne (local, régional, national) et des formations internes à la Cimade.
- - Un réseau associatif (et syndical) très important à Grenoble.
- Un réseau d'avocats engagés, qui prennent l'aide juridictionnelle.
- Le soutien de certains élus.

Rencontrez-vous des difficultés pour parvenir à vos objectifs ?

- Difficulté à rencontrer le département
- Difficulté administrative, pour que les jeunes récupèrent leur évaluation auprès du département, par exemple

- Difficulté à dénoncer tous ce qui devrait l'être, notamment la manière dont se déroulent les entretiens d'évaluation (nous avons l'occasion de les lire avec les jeunes et les commentaires que nous trouvons dans les conclusions sont parfois intolérables) et la manière dont se déroulent les entretiens à la police (témoignages de jeunes inquiétants).
- Manque de bénévoles et difficulté à organiser tous ce qu'il faudrait organiser.
- Manque de temps et de moyens (pas beaucoup de salariés à la Cimade, aucun à Grenoble)
- Des résultats décourageants : certains dossiers sont très bons et sont refusés, certains juges font traîner les dossiers, (par exemple, un jeune a attendu 1 an sans jamais avoir d'audience, malgré les relances de son avocat, et il est devenu majeur, alors qu'il avait en sa possession un passeport qui aurait pu être authentifié, que son évaluation concluait qu'il pouvait être mineur ou majeur et qu'il aurait donc dû être en évaluation longue avec prolongation de la mise à l'abri au lieu d'être mis à la rue ; et il n'était pas le seul jeune dans cette situation).
- Besoin de formations sur le psycho-traumatisme et l'adolescence. Mais cela est en train de se mettre en place.

Quelles sont les principales difficultés rencontrées lors de la prise en charge des mineurs non accompagnés par votre association ?

- On ne peut pas dire que nous prenons en charge ces mineurs. Pour cela, il faudrait que nous fassions de l'hébergement et de l'aide humanitaire, ce qui n'est pas notre cas. Les associations avec lesquels nous travaillons font ce qu'elles peuvent, mais elles n'ont pas les moyens de remplacer l'Aide Sociale à l'Enfance et de prendre en charge ces jeunes. Un nombre non négligeable d'entre eux dorment à la rue et les solutions sont difficiles à trouver, et quand c'est le cas, l'hébergement reste parfois précaire. Et si ces associations en avaient les moyens, leur vocation n'est pas de prendre la place des pouvoirs publics, et c'est pour cela qu'elles travaillent avec la Cimade et partagent nos objectifs sur le fond.

- La disparition de certains jeunes avant les audiences. Le plus difficile pour moi sont les jeunes qui déclinent psychologiquement et finalement disparaissent ne donnant plus de nouvelles. Cela est rare et d'autant plus inquiétant.

- Le fait que le suivi est difficile lorsqu'ils ne viennent plus régulièrement aux permanences, quand ils sont scolarisés ou passent du temps à l'hôpital.

- Certaines situations sont désespérantes et la loi n'est pas toujours respectée. Des jeunes qui devraient pouvoir déposer une demande d'asile n'y parviennent pas (nous avons écrit récemment à la préfecture de l'Isère en espérant que cela suffise pour y remédier). Des jeunes reconnus mineurs se retrouvent malgré tout dans le système associatif. Le département de l'Isère a postulé pour être « département pilote » dans la mise en place du fichier AEM. L'objectif officiel était de lutter contre le « nomadisme » (terme désignant le fait que les jeunes tentent leur chance dans un autre département lorsqu'ils n'ont pas été reconnus mineurs dans un premier département), pour éviter des frais de mise à l'abri et d'évaluation. Et parallèlement à cela, nous avons des jeunes qui ont été reconnus mineurs en Isère et envoyés dans un autre département, via une clé de répartition nationale. Au lieu de les accueillir, le département « d'accueil » refait une nouvelle évaluation (ici le financement en doublon ne pose plus de problème) et expédie le jeune à la rue. Nous avons actuellement 3 jeunes dans cette situation qui sont revenus à Grenoble, et le département de l'Isère

n'étant plus légalement responsable refuse donc de protéger ces jeunes qu'il a pourtant reconnu mineurs. Nous faisons pour eux un signalement au défenseur des droits et attendons de voir si cela permet de débloquer leur situation.

Questions soumises aux administrateurs ad hoc

Liste des questions :

- Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions que vous exercez, service auquel vous être rattaché ?
- Dans quel contexte intervenez-vous pour représenter un mineur non accompagné ?
- Quelle est la procédure mise en œuvre à Grenoble pour nommer un administrateur ad hoc ?
- Quelles sont les difficultés liées à une demande d'asile effectuée par un mineur non accompagnés ?
- Intervenez-vous dans d'autres procédures que la demande d'asile ?

Réponses I. Al Kadhiri, administratrice ad hoc salarié pour l'association Chrysallis, Grenoble

Pouvez-vous indiquer votre nom, fonctions que vous exercez, service auquel vous êtes rattaché ?

Isabelle AL KADIRY, juriste et administrateur ad hoc salarié au sein de l'association Chrysallis.

Dans quel contexte intervenez-vous pour représenter un mineur non accompagné ?

Art L751-5 CESEDA, normalement nomination pour les demandes d'asiles des MNA.

Il existe deux types de situation de nomination des AAH :

- La demande d'asile
- La zone d'attente mais cela est résiduelle à Grenoble. Aucune nomination pour ce cadre n'a été faite actuellement. Il existe une zone d'attente à l'aéroport et une à la gare de Grenoble.

Depuis une loi Sarkozy, la zone d'attente peut aussi exister dans un lieu d'arrivée d'un bateau transportant plus de 10 personnes.

Quelle est la procédure mise en œuvre à Grenoble pour nommer un administrateur ad hoc ?

Nomination nouvelle, que depuis 2017 car avant il y avait une arrivée de 200 MNA par an, actuellement il y a 2 000 MNA par an en Isère.

Il existe une désignation particulière émise par le juge des tutelles des mineurs. Cela se fait pour exercer un recours pour excès de pouvoir et une référé suspension à l'encontre de la décision du

département d'exclure le MNA de la protection de l'enfance. Le problème est que le mineur est considéré comme un majeur par le département mais comme un mineur par le juge. Refus de la nomination par les AAH car la situation est délicate en raison du financement de l'association par le département. Dans cette affaire le problème est qu'un recours était en cours devant le juge des enfants mais aucune décision n'avait encore été rendue, mais les délais peuvent être très long et arrivé à un an en appel.

La nomination par principe doit se faire une fois que le MNA s'est présenté à la Spadat, qui doit saisir le Procureur pour saisir un AAH. Mais, ce service va refuser les mineurs mais aussi ne pas informer le Procureur sur la présence d'un MNA.

Les MNA se retournent souvent vers des associations (secours Catholique, Cimade et ADA) qui vont engager un avocat, qui va saisir le procureur et donc la nomination d'un AAH va intervenir.

Quelles sont les difficultés liées à une demande d'asile effectuée par un mineur non accompagné ?

Le problème est que la procédure devant le département est administrative alors que devant la préfecture elle est déclarative. Ainsi, le mineur peut être déclaré majeur par le département mais considéré comme mineur par la préfecture.

Souvent les mineurs ne vont avoir aucun papier ou des faux papiers ne permettant pas de connaître leur état civil. De plus, la Spada va refuser d'enregistrer la demande d'asile du fait que les MNA sont des mineurs, en leur disant qu'ils doivent revenir 3 mois avant leur majorité. Cependant, dans les textes, il n'y a aucun âge pour demander l'asile. Certains départements parlent d'un âge minimum de 16 ans, alors que cet âge de 16ans concerne la possibilité d'obtenir un titre de séjour quand le MNA est pris en charge à 16 ans par l'ASE.

Il existe un problème par la procédure accélérée. Cette procédure existe quand :

- Déjà fait une demande d'asile dans un autre Etat membre sur le fondement de Dublin
- Menace grave à l'ordre public par la présence sur le territoire
- Voyager avec de faux documents
- Demander l'asile après 90 jours de présence sur le territoire

Souvent les mineurs sont présents depuis plus de 90 jours sur le territoire car on refuse leur demande pendant qu'ils sont mineurs. Cependant, la procédure accélérée n'est pas applicable aux mineurs et seulement aux majeurs. La procédure accélérée ne permet plus d'avoir accès à l'OFII et donc à l'hébergement par l'ADA ainsi que des indemnisations résultant du statut de réfugié.

Il va alors falloir demander la requalification de la procédure accélérée en procédure normale, par le biais d'un avocat. Il faut savoir que les travailleurs sociaux n'orientent pas les MNA vers la demande d'asile, ils ne sont pas assez formés pour cela. De plus, les faux documents sont nécessaires pour

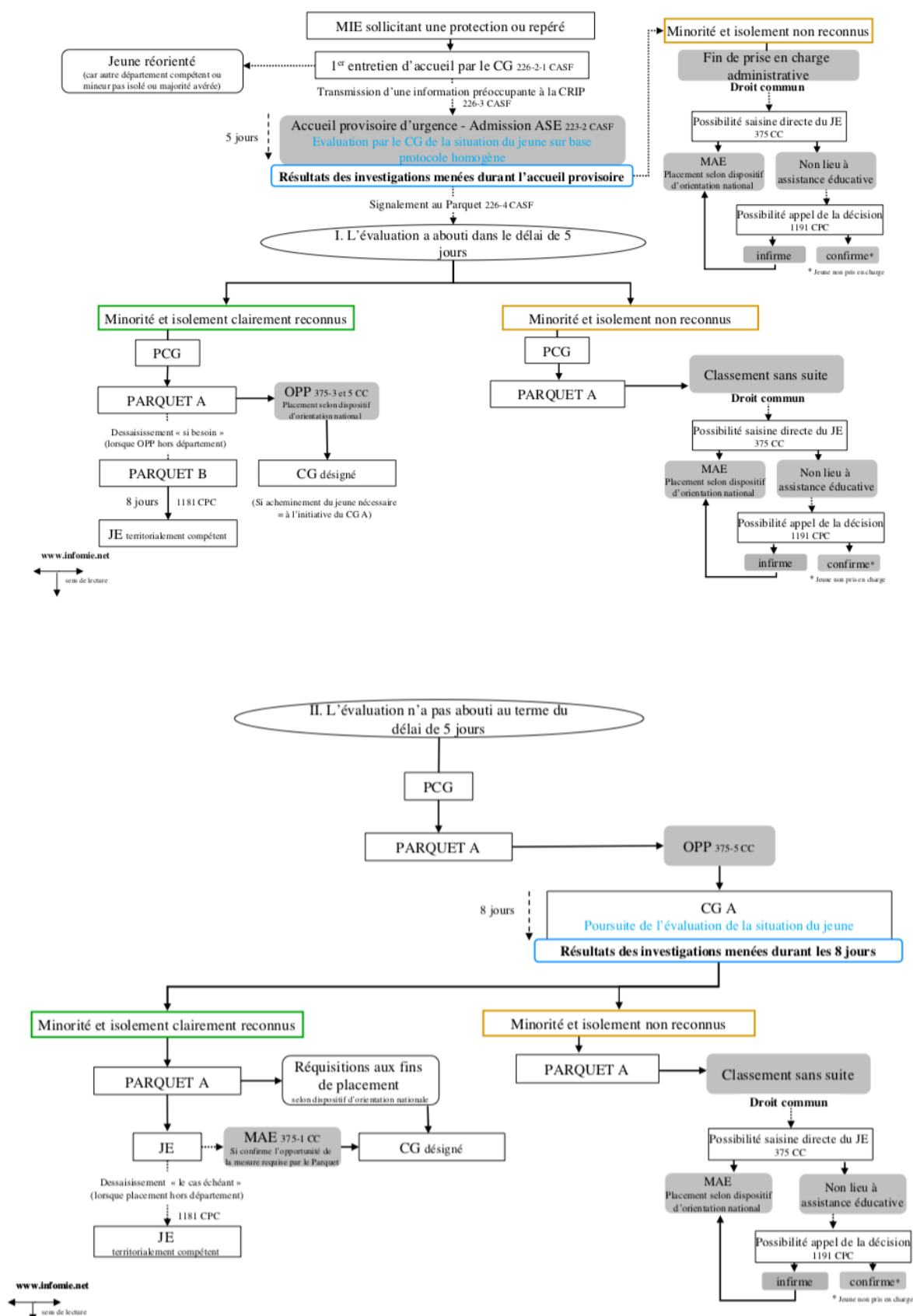
que les MNA puissent quitter leur pays, cependant, en cas de passeport faux, il est relié au MNA par ses empruntes, enregistré par la suite dans VISABIO.

=> Problème du vide juridique, quand on nie la possibilité pour un mineur d'obtenir l'asile.

Intervenez-vous pour d'autres procédures que la demande d'asile ?

Si le mineur a été reconnu mineur, il est pris en charge par l'ASE, cependant la préfecture peut refuser la représentation du mineur par l'ASE dans la demande d'asile quand le jugement ne mentionne pas expressément la délégation d'autorité parentale ou une tutelle au profit de l'ASE. Ainsi, nomination par le Procureur d'un AAH.

Dispositif de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs non accompagnés et de droit commun



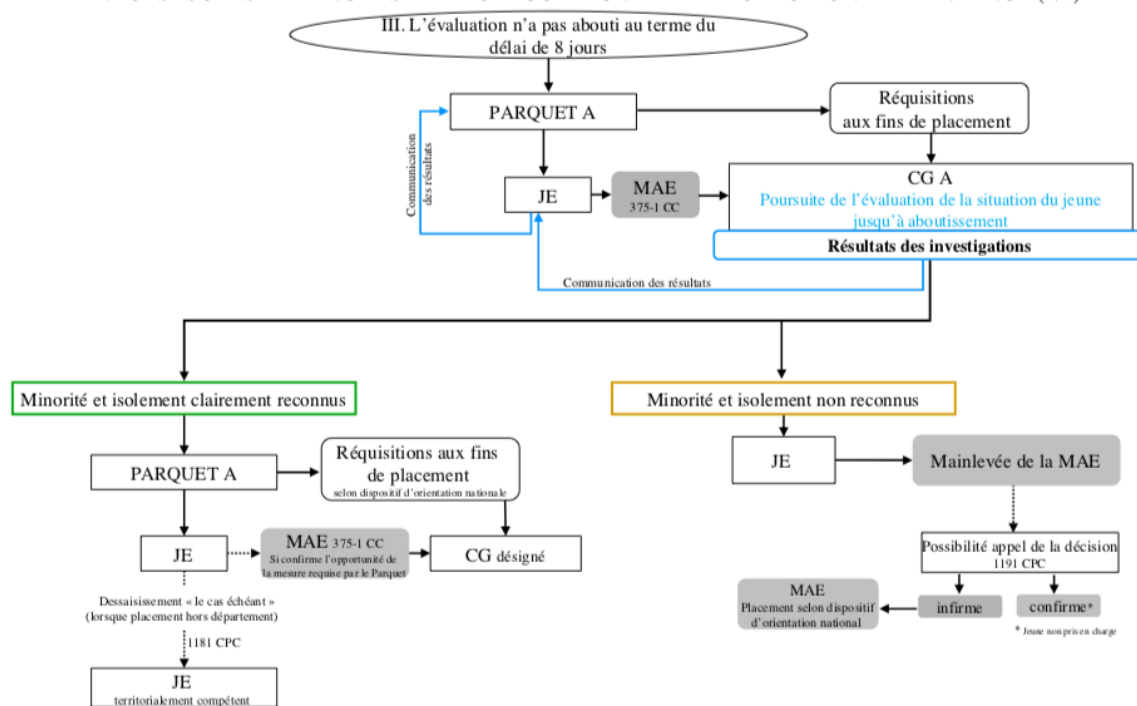


Table des matières

REMERCIEMENTS

TABLES DES ABBREVIATIONS

INTRODUCTION..... 1

CHAPITRE I : LA PROTECTION DE L'ENFANCE CONDITIONNEE A LA DETERMINATION DE L'AGE 11

SECTION 1 : LA NOTION DE DETERMINATION DE L'AGE 11

Paragraphe I : Une détermination de la minorité en apparence protectrice..... 12

A- Une minorité par principe favorable au mineur non accompagné..... 12

1- La fixation de l'âge de la majorité..... 12

2- La présomption légale de minorité..... 14

B- La multiplicité des facteurs de détermination..... 16

1- L'intervention de plusieurs interlocuteurs 17

2- L'apparition d'une nouvelle limite : le fichier biométrique..... 20

Paragraphe II : L'impossibilité d'une méthode unique de détermination de l'âge..... 22

A- La pluralité des méthodes..... 22

1- La présentation des différentes méthodes 22

2- L'absence d'efficacité des méthodes..... 27

B- Des méthodes portant atteinte aux droits fondamentaux..... 28

1- Des atteintes multiples par la mise en œuvre de l'examen radiologique osseux 29

2- La remise en cause de l'examen radiologique osseux par une question prioritaire de constitutionnalité 32

SECTION 2 : LES CONSEQUENCES DE LA DETERMINATION DE L'AGE SUR LA SITUATION DU MINEUR NON ACCOMPAGNE 35

Paragraphe I : Le droit civil au centre de la prise en charge des MNA..... 35

A- Le bénéfice de la protection de l'enfance..... 35

1- Le principe de prise en charge par la protection de l'enfance..... 36

2- L'exclusion en faveur de la lutte contre l'immigration 37

B- L'accès à une scolarité..... 40

1- L'adaptation de l'instruction obligatoire 40

2- L'importance d'une formation..... 42

Paragraphe II : L'importance de la minorité sur le droit des étrangers 45

A- L'impossibilité d'expulser des mineurs étrangers 45

B- Une minorité parfois insuffisante face à la lutte contre l'immigration 47

1- La rétention administrative des mineurs non accompagnés 47

2- Le recueil des mineurs non accompagnés par les CAOMIE..... 49

CHAPITRE II : UNE AMELIORATION NECESSAIRE DE LA PROTECTION DES MINEURS NON ACCOMPAGNES 53

SECTION 1 : UNE ADAPTATION DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE 54

Paragraphe I : Un schéma procédural inspiré de la protection de droit commun..... 54

A- Le recours à une prise en charge d'urgence 54

1- L'articulation entre l'accueil provisoire d'urgence et l'évaluation socio-éducative..... 55

2- L'amélioration nécessaire de sa mise en œuvre..... 56

B- La compétence de droit commun du juge des enfants 58

1- Le juge des enfants au centre du placement du mineur non accompagné 58

2- L'importance de la mesure de tutelle des mineurs 61

Paragraphe II : La création de dispositifs complémentaires au droit commun 64

A- Des responsabilités accrues reposant sur le département..... 64

1- L'obligation de prendre en charge..... 64

2- Le problème de la clé de répartition..... 67

B- Une protection civile confrontée à la politique étrangère..... 70

SECTION 2 : UNE ADAPTATION NON EFFECTIVE PAR DES DIFFERENCES DE TRAITEMENT ENTRE LES MINEURS NON ACCOMPAGNES	74
<i>Paragraphe I : Des difficultés d'accès à une aide médicale.....</i>	<i>74</i>
A- <u>L'entrée dans le système de santé français</u>	75
1- <u>L'accès universel à des soins</u>	75
2- <u>Une discrimination dans l'accès au soin</u>	77
B- <u>Un impact important sur la santé du parcours migratoire</u>	79
<i>Paragraphe II : Une différence d'accès à la régularité du séjour</i>	<i>83</i>
A- <u>L'obtention d'un titre de séjour.....</u>	83
1- <u>Une représentation nécessaire du mineur non accompagné.....</u>	83
2- <u>L'accès à un titre de séjour.....</u>	85
B- <u>La complexité de la demande d'asile.....</u>	88
1- <u>Le mécanisme du droit d'asile</u>	88
2- <u>Les inégalités dans la procédure de demande d'asile</u>	90
BIBLIOGRAPHIE.....	94
ANNEXES	96